image
not
available

Digitized by Google

MAR 7 1909

ASSOCIATION OF THE BAR
LIBRARY
CITY OF NEW YORK

Die

Bonorum possessio.

Ihre geſchichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargeſtellt

TABOR

von

Dr. Burkard Wilhelm Leiſt,

Privatdocenten zu Göttingen.

L

Erſter Band.

Göttingen,

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1844.

XD.

Digitized by Google

365857

Digitized by Google

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung . . . . . VII—XXXVI

Erstes Buch.

Ursprung und Begriff der bonorum possessio.

Erstes Kapitel.

Entstehung der bonorum possessio.

I. Die Anknüpfungspunkte des Civilrechts.

1) Das Recht des suus heres. §. 1. 3

2) Mangel der Deliberationsfristen für alle extranei heredes. Uebelstände die daraus hervorgingen, und insbesondere das Recht der sacra. §. 2. 7

3) Rechtsinstitute, welche d. Mangel der Deliberationsfristen abhalfen:

a) Die cretio. §. 3. 17

b) Die pro herede usucapio.

α) Princip derselben, u. dessen Anwendung auf die Zeit, den Gegenstand, und die Subjecte dieser Usucapion. §. 4. 19

β) Gegen welche heredes findet eine pro herede usucapio statt? §. 5 28

Digitized by Google

Seite

γ) Das Rechtsmittel des wahren heres gegen den pro herede Usucapirenden. §. 6. 31

II. Das successorium edictum.

1) Die spätere Gestalt der pro herede usucapio. §. 7. . . . 36

2) Die Rechtsbildung der Pontifen, welche an die Stelle der pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt trat. §. 8. . . 41

3) Die Prätorische, ebenfalls an die Stelle der alten pro herede usucapio tretende Rechtsbildung.

a) Nothwendigkeit derselben. §. 9. 53

b) Hypothetische Darstellung ihres Inhaltes. §. 10. 55

c) Beweise für deren Richtigkeit. §. 11 — 17. 58

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

Einleitung. §. 18. 93

I. Durch welche Mittel suchte der Prätor den heres zur Beobachtung der Fristen anzuhalten? §. 19 — 21. 95

II. Wem gab der Prätor das Recht der successio in locum heredis? (§. 22 — 34).

1) Genauere Darstellung des civilrechtlichen Satzes, daß es keine successio ordinum gebe. §. 22. u. 23. 107

2) Prüfung der Edictsworte bei Cic. in Verr. II. 1. 44—46. §. 24. u. 25. 120

3) Bedingungen der einzelnen Klassen.

a) Die testamentarische b. p.

aa) Form des Mancipationstestam. §. 26. u. 27. . 143

bb) Princip der b. p. sec. tab. §. 28. 167

cc) Unterscheidung der bedingenden und vernichtenden Beweise der b. p. sec. tab. §. 29. u. 30. 174

dd) Die b. p. secundum nuncupationem. §. 31. 188

ee) Resultat. §. 32. 199

Digitized by Google

Seite

b) Die b. p. ab intestato.

aa) Die b. p. unde sui und agnati. §. 33. . 200

bb) Die b. p. unde gentiles. §. 34. 205

Drittes Kapitel.

Objective in der bonorum possessio enthaltene Rechte.

Einleitung. §. 35. 214

I. Verhältniß des bonorum possessor zum heres.

1) Transitorische Fiction; (b. p. sine re). §. 36. 37. . . . 224

2) Definitive Fiction; (b. p. cum re).

a) Allgemeiner Gesichtspunkt. §. 38. 238

b) Geschichte des natürlichen Eigenthums.

aa) Das quiritische Eigenthum. §. 39. 40. . . 241

bb) Das in bonis. §. 41. 42. 260

cc) Die bonae fidei possessio als fingirtes Eigenthum. §. 43. 278

II. Die in der b. p., als einer justa possessio, liegenden Rechte. §. 44. 284

III. Die Rechte der b. p., als einer Fiction des heres.

1) Einleitung. §. 45. 290

2) Die fictitiae actiones. §. 46. 47. 293

3) Das Interdictum quorum bonorum.

Einleitung. §. 48. 306

a) Verhältniß der her. pet. zum Princip der b. p. §. 49. 50. 308

b) Charakteristik der gesammten Interdicte. §. 51—53. 325

c) Der Interdictenproceß.

aa) Der Sponsionenproceß. §. 54. 340

bb) Der Proceß per formulam arbitrariam. §. 55 349

cc) Resultat der Beweisführung. §. 56. . . 357

Digitized by Google

Seite

d) Verhältniß der adipiscendae possessionis Interdicta zum petitorium, im Allgemeinen. §. 57. . 360

e) Insbesondere vom Salvianum Interdictum. §. 58. 377

f) Vom quorum bonorum Interdictum. §. 59. u. 60. 383

4) Gegenseitiges Verhältniß der fictitiae actiones und des Interd. quor. bon. Definition der bon. possessio. §. 61. 396

Digitized by Google

Einleitung.

Die Arbeit, welche ich hier der Oeffentlichkeit überliefere, bedarf einiger vorgängiger Bemerkungen über den Werth und die Bedeutung des darin behandelten Gegenstandes. Es kann mir dabei nicht in den Sinn kommen, eine Anpreisung der Waare, welche ich darbiete, zu unternehmen, ich bezwecke vielmehr nur, aus der Beschaffenheit des Gegenstandes von vorn herein die Principien zu entwickeln, welche mich bei der Abfassung dieses Werkes geleitet haben.

Wenn es richtig ist, daß es die Aufgabe der Theorie sei, ein **jus finitum** herzustellen, wie dies möglich und nothwendig ist [1]), damit der Praxis für die Subsumtion der Lebensverhältnisse unter die Rechtsregeln vorgearbeitet werde, — so folgt daraus, daß wir als Maaßstab für den Werth irgend einer Rechtslehre immer vor Allem die Frage nach ihrer practischen Anwendbarkeit beantworten müssen. Und in der That beschäftigen sich damit bei gar vielen Instituten des Römischen Rechtes die Juristen höchst eifrig. Die **bonorum possessio** aber hat von jeher das Schicksal gehabt, einer solchen Beachtung sich nicht eben rühmen zu können.

---

1) . . . . . quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat. Fr. 2. de jur. et facti ign.

Digitized by Google

Man kann eine Reihe von Schriftstellern aus den vorigen Jahrhunderten nachsehen, ohne Anderes bei ihnen zu finden, als einige allgemeine Bemerkungen, daß schon nach dem neuesten Justinianeischen Rechte und jedenfalls nach der modernen Praxis der bei weitem größte Theil des Prätorischen Erbrechtes antiquirt sei. Eine tiefer eingreifende Untersuchung, eine klare Darstellung der Principien, unter denen Justinian dasselbe in sein Rechtsbuch aufgenommen habe, suchen wir vergebens, und doch finden wir wieder ganze Theile des Institutes, wie z. B. gar Manches von der sec. tab. b. p. so vorgetragen, als wenn eine allgemeine Anwendbarkeit derselben nicht bezweifelt werden könnte. Bei solcher Unentschiedenheit der Ansichten konnte es nicht fehlen, daß das Ganze immer nur höchst dürftig abgehandelt wurde, und sehr naiv entschuldigt dies z. B. Voet in seinem Pandektencommentar mit der Wendung, daß man mit der sterilen Darstellung dieser meist antiquirten Lehre gewiß zufrieden sein werde, indem er dafür das so höchst praktische — Lehnrecht zur Compensation an dieser Stelle eingeschoben habe.

Consequenter sind dem gegenüber die Juristen, welche, wie z. B. Domat, die b. p. ganz und gar aus dem Gebiete des heutigen Rechtes streichen, und in einer Dissertation von Stupp (de fatis bon. possessionum sub Imperatoribus post ICtos in Pand. excerptos. Bonn 1793.) wird ihrer practischen Anwendbarkeit freudvoll eine Leichenrede gehalten: „Quos de hac re consultos novi viros in ipsis rebus agendis exercitatissimos, hi ingenue fassi sunt, sibi hujus rei exemplum datum non esse. Quod cum intolerabili judicum ignorantiae adscribunt alii, ego de felicissimo hoc ignorantiae genere juri, quo utimur, etiam atque etiam gratulari malo.“ — Zornig erhebt sich dagegen der Kanzler Koch, der die b. p. in einer eigenen weitläuftigen Monographie behandelt hat [2]), und ihr, (auch wohl um sein Buch nicht unnütz geschrieben zu haben) eine umfassende practische Bedeutung vindicirt [3]). Aber

2) Bonorum possessio. Literarisches Testament, nebst Commentar, Revision und Codicill. Gießen 1799.

3) S. 351 heißt es gegen Stupp: „Wenn man so in der Jurisprudenz

Digitized by Google

bei Koch, der als praktischer Jurist in großem Ansehen stand, und das Historische durchaus vernachlässigt, fließen gerade antiquirte und anwendbare Rechtssätze in eine so wilde unorganische Masse zusammen, daß ein klares Endresultat nicht im Geringsten erlangt wird. Es zeigt sich bei ihm, so auffallend wie nur möglich, daß, wer practisches Recht darstellen und doch sein Studium nicht auf die geschichtliche Entwicklung desselben richten will, allenthalben der Gefahr unterliegt, völlig antiquirte Rechtssätze als geltend aufzuführen, und umgekehrt durchaus anwendbare Punkte gänzlich zu übersehen.

Indessen begann schon um diese Zeit ein anderer lebensvollerer Geist in die Rechtswissenschaft zu kommen, und dieser hat auch gerade auf die Bearbeitung der b. p. seine Einwirkungen geäußert. Hugo, der unsterbliche Erwecker und Förderer dieser Richtung hat auch selbstthätig auf die Erforschung des Ursprungs der b. p. und ihrer geschichtlichen Fortbildung eingewirkt. Seitdem aber hat rege Thätigkeit geherrscht, die so vielfach dunklen Partien dieser Lehre aufzuhellen. Die früheren Schriftsteller, selbst Cujacius und Donellus, begnügten sich mit der allgemeinen Antwort, die b. p. sei vom Prätor eingeführt, um das in enge Kreise eingeschlossene Civilrecht, welches in einzelnen Stücken beibehalten worden sei, in anderen Punkten theils zu erweitern, theils direct umzuändern; aber der Prätor habe natürlich Niemanden zum heres machen, sondern seine Erben nur loco heredis hinstellen können; und somit hielt man die Ulpiansche Definition in fr. 3. §. 2. de b. p. — sie sei das **jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, quum moritur, fuit**, — für genügend erklärt. — Man hat eingesehen, daß das nicht genüge; daß die b. p., dies außerordentlich weitgreifende Institut, wie Alles im Römischen Recht aus kleinem Ursprunge müsse hervorgegangen sein, daß es lange Zeit gedauert habe, ehr sie zu dem

---

raisonniren dürfte, so würde man das ganze Corpus juris civilis leicht ganz wegraisonniren können; und dann hätten die Ignoranten und Rabulisten gewonnenes Spiel, um ihr Corpus juris cerebrini in den Hörsälen nicht allein, sondern auch in den Gerichtsstuben, als das allein geltende Gesetzbuch ausschreien zu können."

Digitized by Google

wurde, was sie zu Ulpians Zeiten war, und daß sie seitdem unter der Einwirkung der späteren Kaiser und namentlich Justinians, wieder eine ganz andere Gestalt gewann. Man ist sich bewußt geworden, daß diese Entwicklung auch für das Verständniß des practischen Rechtes nothwendig sei, weßhalb sie denn auch in den Pandektencompendien nie ganz unerwähnt bleiben dürfe [4]). Die Ansichten über Entstehung der b. p. sind sich nun in raschem Wechsel gefolgt, in der verschiedensten Weise sind einzelne Punkte des ganzen Institutes benutzt worden, in denen die Abhülfe eines Mangels des älteren Rechtes enthalten war, um daraus dann die weitere Entwicklung des Prätorischen Erbrechtes abzuleiten.

Ein solches Auftauchen immer neuer Ansichten beweist wenigstens, daß die vorhergehenden noch nicht gehörig dargethan sein müssen, und überhaupt sind auch schon Stimmen laut geworden, welche voraussagen, daß wir hier wohl nie zu einem entschiedenen Resultate gelangen würden [5]). Das muß die Zeit lehren. Jedenfalls aber scheint es unsere Pflicht, daß wir bei den Forschungen über den Ursprung des Instituts nicht den letzten Theil seiner Geschichte übersehen. Von der b. p., wie sie zu Ulpians Zeiten bestand, können wir uns ein ziemlich klares Bild construiren, wenn freilich auch hierfür bei einzelnen Punkten die Ansicht über den Ursprung von der größten Wichtigkeit ist. Was von da an bis auf Justinian sich änderte, und namentlich was dieser aus dem ganzen Institute gemacht hat, muß uns offenbar am meisten zur Prüfung anziehen, indem darin gerade die unmittelbare Entwicklung des practischen Rechtes liegt. Und wenn wir auch im Verhältniß zu der Menge des Antiquirten nur ein Minimum des geltenden Ueberrestes als Resultat erlangen, so ist doch dies Minimum wahrlich immer noch bedeutend genug, um der Arbeit werth zu sein.

Wer die Literatur kennt, wird mir zugeben, daß hierin noch äußerst wenig gethan ist. Außer einer trefflichen, aber

4) Mühlenbruchs Pand. Vorrede zur 2. Aufl. S. IX.

5) Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Civilprocesses. (1837). H. I. S. 110.

Digitized by Google

nur kurzen Abhandlung von Löhr[6]), beschränkt sich Alles, was wir darüber lesen, auf einzelne zerstreute Notizen in Abhandlungen und Compendien, welche mit dem, was in anderen Lehren (z. B. der Ersitzung, der Legatenlehre) über die Justinianischen Zusammenschmelzungen gesagt und gestritten wird, in keinem Verhältniß steht. Freilich ist auch in Beziehung auf die b. p. kein eigenes Justinianisches Gesetz, wie z. B. bei der Ersitzung die l. un. C. de usuc. transform. vorhanden, welches uns gleich äußerlich die verschmelzenden Tendenzen seiner Gesetzgebung zu erkennen gäbe. Daß der Institutionentitel de bonorum possessionibus die Stelle eines solchen Gesetzes vertreten sollte, ist nicht Jedem klar geworden.

Schon bei Gelegenheit einer im Jahre 1841 von mir herausgegebenen Dissertation (Historia bonorum possessionis secundum tabulas) hatte ich die Absicht gehabt, diesen einen Zweig des Ganzen bis zu dessen heutiger Bedeutung zu verfolgen. Indessen hielt mich davon theils der Raum einer solchen Schrift, theils die Betrachtung zurück, daß es besser sei, die Untersuchung gleich auf die practische Gültigkeit der gesammten b. p. zu richten, indem gar manche Argumentationen sich auf das ganze Institut bezögen, und es nur unpassend sein könne, sie bloß auf die secundum tab. b. p. anzuwenden. Ich entschloß mich also zu einer umfassenden Darstellung des heutigen Rechts der b. p. Aber diese führte mich stets wieder auf die früheren Zustände zurück, und ich sah ein, daß ich das spätere Recht nur nach Entwicklung meiner Ansichten über das frühere werde klar machen können.

So ist das Werk entstanden, von dem hier der erste Band erscheint, welchem der zweite sobald als möglich nachfolgen wird. Ich hoffe nicht, daß man mir den Vorwurf der Weitschweifigkeit aufbürden werde, weil ich nicht in Einen Band das Ganze zusammenzufassen im Stande gewesen wäre. Man wird es vielleicht erkennen, wie sehr ich bemüht gewesen bin,

---

6) In seinem Magazin III. 333—353.

Digitized by Google

mit dem Streben nach vollkommener Deutlichkeit das nach möglichster Kürze zu vereinigen, und wie ich gar häufig nicht unwichtige Punkte um der Ersparung des Raumes willen von der Darstellung ausgeschlossen habe. Der Umfang der b. p. ist ein zu bedeutender, als daß eine gründlichere Darstellung desselben durch Rücksichten auf den Raum eines Druckbandes beherrscht werden könnte.

Dem ganzen vor mir liegenden Gegenstande habe ich eine solche Anordnung gegeben, daß man sie theils eine historische, theils eine dogmatische nennen kann. Wenn es nämlich die allgemeine logische Vorschrift ist, mit der Entwicklung des Begriffs anzufangen, so kann dies doch in Folge der speciellen Natur des zu behandelnden Gegestandes seine besondere Gestalt annehmen. Die weitläuftigste Definition der b. p. besitzen wir von Ulpian in fr. 1. und 3. pr. — §. 2. de bonorum possessionibus. Nun aber wird Niemand noch den Beweis verlangen, daß diese Definition von Ulpian in ganz anderem Sinne genommen wurde, als wie Justinian, der sie in die Pandekten recipirte, sie genommen wissen will. Wir können also nicht mit dem Begriff der b. p. unter Justinian anfangen, wir müssen Ulpians Definition erst aus der zu seiner Zeit bestehenden Gestalt des Institutes rechtfertigen. Ulpian aber definirt die b. p. ebenso wie schon Labeo es gethan hatte. Ferner bezeugt Cicero, in einer später anzuführenden Stelle, daß wie zu seiner Zeit die b. p. bestand, so sie von ihrer Entstehung an gewesen sei, und da nun auch Labeos Definition durchaus auf Ciceros Zeit paßt, so folgt, ganz abgesehen noch von anderen Beweisen, schon hieraus, daß sich ein System der b. p. müsse construiren lassen, dessen Inhalt, genau in sich selbst zusammenhängend, vollkommen mit der Ulpianschen Definition übereinstimmt, und also, da diese Definition schon auf die ältesten Zeiten paßt, auch als die älteste Gestalt der b. p. angenommen werden muß.

Ebensowenig aber, wie mit dem Inhalt eines Dinges dessen Umfang verwechselt werden darf, können wir uns nun auch wundern, daß die Ausdehnung der b. p. zu Ulpians Zeit eine bei weitem größere war als anfangs. An dasjenige, was sie ursprünglich allein gewesen, und was auch noch später un-

Digitized by Google

verändert fortbestand, hatte sich, bei dem Drange nach Ausbildung des Römischen Rechts, in Folge besonderer Veranlassungen gar Manches angesetzt, welches theilweise noch durchaus mit dem ursprünglichen Begriffe der b. p. übereinstimmte, theilweise aber schon als nicht damit zu vereinigende Ausnahme sich neben denselben stellt. Unter Ersteres rechne ich namentlich das Erbrecht der Cognaten und Eheggatten, unter letzteres die **contra tabulas** und **unde liberi bon. possessio.** Indem der Prätor selbst schon Schritte that, welche, vom ursprünglichen Standpunkte des Institutes aus betrachtet, als Ausnahmen aufzufassen sind, so wurde dadurch die Brücke gebaut zu der vollständigen Umgestaltung, welche in der späteren Kaiserzeit dem ganzen Begriff der b. p. widerfuhr.

Ich habe nun versucht, in diesem ersten Bande den eigentlichen Kern des ganzen Institutes zu construiren, so wie wir ihn bereits für die ältesten Zeiten uns zu denken haben, wie er aber auch noch in der Blüthe der Römischen Jurisprudenz fortbestand. Daraus rechtfertigt sich erst Ulpians Definition, die daher am Ende dieses Bandes erklärt werden mußte. Im Anfange des zweiten folgen die Theile, welche wir auch hinwegdenken könnten, ohne damit die b. p. aus dem Römischen Rechte zu streichen, d. h. die neuen vom Prätor eingeführten Erbklassen. Das Ende des zweiten Bandes wird dann die Umgestaltung der späteren Zeit und namentlich Justinians Reception umfassen.

Hieraus geht hervor, daß (wie es auch bei einem Stoffe gleich dem unsrigen gar nicht anders denkbar ist), die Darstellung im Allgemeinen dem Lauf der Zeiten folgt. Indeß habe ich mich daran keineswegs streng binden wollen. Punkte, die auch schon in der früheren Zeit vorhanden, nur in äußerlicher Verbindung mit dem Hauptsysteme der b. p. stehen, habe ich, wenn sie unter Justinian ebenfalls zu erwähnen waren, aus dem Gebiete des ersten Bandes ganz ausgeschieden, um sie, (wie z. B. die **decretalis** b. p.) später in Eins darstellen zu können.

Die Entwicklung dieses ersten Bandes bildet in seinen Grundzügen ein genau in sich selbst zusammenhängendes Ganze, von dem man nicht wohl einen Stein wegnehmen kann, ohne

nicht auch das Uebrige zu zertrümmern. Ob es auf Sand erbaut sei, oder in festem Boden seinen Grund habe? — Andere haben das zu beantworten, und ich warte bescheidentlich des Urtheils. Nur bitte ich bei der Beurtheilung der Grundprincipien meiner Schrift folgende drei Punkte zu trennen. Meine Ansicht über die ursprüngliche Gestalt der **b. p.** läßt sich kurz genug ausdrücken: sie war Nichts als die Einführung einer **successio** unter den schon im Civilrecht bestehenden Erbklassen. Es liegt mir also ein dreifacher Beweis ob:

1) daß das Civilrecht anfangs gar keine successive Berufung der ihm bekannten **ordines** enthielt;

2) daß das Prätorische Recht auch der späteren Zeit entschieden eine **successio** unter den **civilrechtlichen ordines** anerkennt; und

3) daß sich gerade aus der Einführung dieser **successio** unter den **civilrechtlichen** Erbklassen der Ursprung der gesammten **b. p.** entwickeln lasse.

Diese drei Punkte ließen sich indeß in der Darstellung selbst nicht auch so äußerlich auseinander halten, daß sie ebensoviele Kapitel dieses ersten Buches ausgemacht hätten. Der Gegenstand und die Beschaffenheit der Quellen, aus denen zu beweisen war, geboten vielmehr eine ganz andere Anordnung der Argumentation. Aber der Leser wird leicht erkennen, was Alles im Laufe der Darstellung zum Beweise jener drei verschiedenen Punkte angeführt ist. Das auf den ersten Bezügliche ist vollständig bereits in diesem Bande enthalten. Ebenso auch Alles, was in Rücksicht auf den dritten Punkt direkt darzuthun scheint, daß die ursprüngliche Gestalt der **b. p.** nur eben die **civilrechtlichen ordines** umfaßt habe, wogegen die entgegengesetzten positiven Beweise, daß die eigenen Prätorischen Erbklassen aus besonderen späteren Veranlassungen hervorgegangen seien, natürlich erst im zweiten Bande bei diesen Erbklassen selbst ihre Stelle finden konnten.

Was aber jenen zweiten Punkt betrifft, der offenbar nach logischer Ordnung erst bejaht werden muß, ehr von dem dritten die Rede sein kann, so sind auch dafür bereits Beweise in diesen ersten Band verwebt worden, aber dabei bleibt der Uebelstand, daß doch die Argumente, welche mir diesen noch

Digitized by Google

vielfach bezweifelten [7]) Satz entschieden zu bestätigen scheinen, erst in Verbindung mit den neuen Prätorischen ordines dargestellt werden können. Ich sehe mich also genöthigt, wenigstens Einiges hier vorauszunehmen.

Daß der Prätor jedenfalls auf die scripti heredes die erste Klasse der legitimi folgen läßt, wird von Niemand in Zweifel gezogen. Aber wie er die im ordo unde legitimi zusammengefaßten drei Klassen: den suus, den proximus agnatus und die gentiles behandelt habe, das ist die Frage. Ueber das Verhältniß der Gentilen zu den Agnaten fehlen uns erklärlicher Weise alle Quellenaussprüche. Aber wenn wir finden, daß der Prätor zwischen dem suus und den Agnaten eine successio anerkennt, so ist nicht der geringste Grund dagegen, daß er nicht das Verhältniß zwischen Agnaten und Gentilen ebenso sollte gestellt haben. In Beziehung auf die Ersteren aber sagt Gaius III. 27. ausdrücklich:

> **Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes vocat.**

Also die capite non deminuti agnati ruft er doch, nachdem er vorher die sui berufen und diese die angebotene Frist nicht benutzt haben; mit andern Worten zwischen beiden Klassen besteht eine successio. — Man kann diesem Resultate auch nicht dadurch entfliehen, daß Gaius hier in Beziehung auf die sui nur vom ordo unde liberi rede, von dem er im §. 26. allerdings spricht. Er faßt nämlich die Berufung der liberi qui legitimo jure deficiuntur offenbar nur als eine weitere Ausdehnung der Klasse der sui auf, also hätte auch nicht in Beziehung auf die übrigen liberi angenommen werden können, was nicht schon bei den sui galt. Und wie soll man sich es überhaupt denken, daß im Prätorischen Rechte je der proximus agnatus gerufen worden wäre, wenn nicht unter den legitimi eine ordinum successio gegolten hätte? Nach der Klasse unde liberi wird immer noch einmal der suus allein als legitimus berufen (fr. 1. §. 11. de success. edicto),

---

7) So z. B. trägt es Danz R. G. II. S. 62 als sich von selbst verstehend vor, daß die b. p. unde legitimi die Civilintestaterben ohne ordinum successio berufen habe.

wäre also von ihm kein Uebergang auf den **proximus agnatus** gewesen, so hätte ja nie eintreten können, was Gaius so klar sagt, daß der Prätor **post suos heredes secundo gradu agnatos vocat** [8]).

Wir wissen entschieden, daß der Prätor den **suus**, den **proximus agnatus** und die **gentiles** zur **b. p.** gerufen hat, und so können wir denn auch keinen Zweifel hegen, daß bei diesen dreien die ganz allgemeine Regel des **successorium edictum** eintritt.

> **Fr. 1. §. 10. de successorio edicto. — Quibus ex Edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum . . . . . non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.**

Ich glaube schon nach dieser Argumentation jenen zweiten Punkt als feststehend annehmen zu dürfen, für welchen sich aber im Verlaufe des Werks noch andere Beweise ergeben werden.

Dieselben Ursachen, welche mich zwangen, jene drei Grundelemente nicht auch äußerlich für die Anordnung der Untersuchung zu benutzen, haben auch der Darstellung selbst ihre besondere Gestalt und ihre Gränzen gegeben; und daraus läßt sich zugleich noch eine zweite Antwort auf die obige Frage, welchen Werth das Institut der **b. p.** und ihr Studium uns gewähre, entwickeln. Wenn es nämlich einestheils unsere dringende Pflicht ist, zu einer genauen Erfassung des practisch anwendbaren Rechtes, die **b. p.** in ihrer gesammten historischen Fortbildung kennen zu lernen, so bietet uns die Einsicht in die früheren Entwicklungsstufen dieses Institutes auch noch andere bedeutende Vortheile.

Die **b. p.** hat nicht allein in das ganze Römische Erbrecht wesentlich modificirend eingegriffen, sie steht auch, bei dem

---

8) So auch in einer anderen Stelle **III. 37.**: **Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio.**

Digitized by Google

organischen Ineinandergreifen alles Rechtes, mit anderen Instituten in enger Verbindung. Verstehen wir jene, so wird auch die Kenntniß dieser dadurch gefördert werden und umgekehrt. Daher habe ich von Anfang an bei dieser Arbeit nicht bloß die Absicht gehabt, auf jeder Seite von der b. p. zu reden. Ich wollte auch andere naheliegende Punkte nicht vorbeigehen, sobald sich daraus für die genauere Erkennung des Hauptthemas etwas gewinnen ließ, und so kommt es, daß hier und dort längere oder kürzere Episoden eingeflochten worden sind, über die **pro herede usucapio**, die **hereditatis petitio**, die civilrechtlichen Testamentsformen, das **in bonis**, die **possessio**, die Interdicte.

Freilich kann der Schriftsteller dadurch leicht zu einer Auflösung des Zusammenhangs, zu einem planlosen Hin- und Herschwärmen geführt werden, und so die Vortheile einer strengen, nicht rechts noch links schauenden Argumentation aus den Händen geben. Ich weiß nicht, ob ich mich solcher Fehler habe zu Schulden kommen lassen, ich habe wenigstens gestrebt sie zu vermeiden. Gar manche Punkte, die bereits ausgearbeitet vor mir lagen, sind wiederum ausgeschlossen worden, sobald ich einsah, daß sie ohne wesentlichen Nachtheil für das Zurückbleibende sich unterdrücken ließen. Gleiches Schicksal der Unterdrückung, wird man vielleicht meinen, hätte ohne Schaden die in den §§. 39—43 enthaltene Geschichte des natürlichen Eigenthums erleiden können, und in der That war ich eine Zeit lang dazu entschlossen. Allein als ich Hand ans Werk legte, vermogte ich den Entschluß nicht aufrecht zu erhalten. Ich würde ein bedeutendes in der b. p. enthaltenes Recht nur unklar haben entwickeln können, gar manchen für die ganze b. p. aus demselben von Anderen gemachten Schlußfolgerungen würde ein Spielraum gelassen sein, den ich nicht glaubte zugestehen zu dürfen, und namentlich würde sonst, (wie aus §. 42. Note 1 erhellt), einer der Grundsteine gefehlt haben, auf dem ich überhaupt meine Ansicht über den Ursprung der **bonorum possessio** aufbauen konnte. —

Bei so vielen in die Untersuchung gezogenen Punkten konnte es nicht fehlen, daß ich gegen gar berühmte, von mir hochverehrte Namen auftreten mußte. Ich habe es unterlassen,

Digitized by Google

sie regelmäßig mit einem wohlklingenden **Epitheton ornans** aufzuführen. Bei der häufigen Nennung derselben würde mir am Ende die Abwechslung schwer geworden sein, und nicht von der Hinzufügung oder Weglassung solcher Phrasen, hängt die Entscheidung über arrogantes oder bescheidenes Auftreten eines jungen Schriftstellers ab. Es kommt auf den Ton an, in dem er controvertirt, dieser kann trotz der schönsten Redensarten ein gehässiger sein, und er kann umgekehrt trotz schmucklos erhobenen Widerspruches Hochachtung gegen große Verdienste und Dankbarkeit für empfangene Belehrungen athmen. Da mich diese Hochachtung, diese Dankbarkeit bei der Abfassung des vorliegenden Werks nie verließen, so läßt mich das hoffen, daß ich auch den rechten Ton des Widerspruches getroffen habe. — Aber dabei muß ich noch Eins bemerken.

Es ist nicht bloß das Recht, es ist umgekehrt sogar die Pflicht des Schriftstellers, nicht lediglich seine Ansichten und deren Gründe dem Publikum vorzulegen, sondern dabei auch stets den Grad seiner Ueberzeugung auszudrücken. Niebuhr hat das in einem berühmten Briefe ausgeführt und danach habe ich mich gerichtet. In der **h. p.** läßt sich nicht Alles mit directen Quellenzeugnissen belegen, und doch dürfen wir, was in den Quellen fehlt, nicht umgehen, wir müssen mit Vermuthungen aushelfen. Diese sind oft mehr oft minder wahrscheinlich, am meisten muß für sie natürlich sprechen, wenn das Specielle sich dadurch in ein einfaches gefügiges Ganze bringen läßt. Ich habe es mir angelegen sein lassen, nicht bloß Stellen zu interpretiren, sondern auch von der lebendigen Anwendung der **h. p.** bei den Römern ein anschauliches Bild mir zu construiren. Gar Mancher, der über die **h. p.** weiter nachgedacht hat, wird mir vielleicht Recht geben, daß bei vielerlei Punkten, selbst wenn sie in an sich klaren Stellen uns mitgetheilt werden, sich doch nicht recht denken lasse, wie sich eigentlich deren Anwendung im practischen Rechtsleben der Römer gestaltet habe. Und doch war die ganze **h. p.**, wie wohl Jeder zugeben wird, gar nicht aus allgemeinen Theorien, sondern aus unmittelbaren Bedürfnissen der Praxis bei Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten hervorgegangen. Man muß nie vergessen, daß der Prätor nicht Rechtssätze in seinem Edicte

Digitized by Google

aufstellt, deren Anwendung aufs Leben nun Anderen überlassen worden wäre, sondern ihm selbst steht auch im einzelnen Falle die Ertheilung der b. p. zu, und nur bei den daraus folgenden Klagen wird dann ein judex zugezogen. Daß also der Prätor die eigene Oberaufsicht über die Erbfälle, und das selbstthätige Eingreifen zu deren Regulirung nie aus den Händen giebt, dieß muß auch zum Verständniß der im Edict über seine eigene Thätigkeit proponirten Regeln von großer Bedeutung sein. — Das Bild, welches sich über dies entschwundene Leben der b. p. bei mir gestaltet hat, ist das Maaß gewesen, nach dem sich der Grad meiner Ueberzeuguug in der Erklärung gar vieler Punkte nothwendig richten mußte. Ich habe diesen selbst stets mit angedeutet, nicht etwa daß ich da wo ich vollkommen überzeugt war, nicht auch die Möglichkeit voraussetzte, daß ich irren könnte, — sondern damit der Leser aus den einzelnen Fällen, jenachdem ich sie für bloß wahrscheinlich oder für gewiß hielt, desto besser urtheilen könne, ob das allgemeine Bild selbst, welches sich hier im einzelnen Falle abspiegeln soll, das richtige sei, oder nicht.

Ich würde mit dem, was ich in dieser Einleitung vorauszuschicken hatte, hier zu Ende sein, wenn ich nicht wegen zweier Vorwürfe mich noch rechtfertigen müßte, die man mir zu machen vielleicht geneigt wäre.

Der erste scheint meine vollkommene Schuld zu enthalten. Man scheidet bei dem ganzen großen Systeme der b. p. immer gleich zuerst zwei Hauptklassen, nämlich die Successionen in das Vermögen eines Freigelassenen und eines Nicht-Manumittirten. Ich habe nun jene erste Klasse von dem Gegenstande der Darstellung ganz ausgeschlossen.

Hätte ich sie auch aus dem Kreise meiner Vorstudien verbannt, so würde ich freilich nicht zu vertheidigen sein. Aber auch die Trennung von diesem Werke wird an sich noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß natürlich von einer practischen Anwendbarkeit nicht mehr die Rede sein könne, oder daß der Raum nicht hingereicht habe. Denn es ließe sich dabei noch immer denken, daß gerade hier der Ursprung des ganzen In-

Digitized by Google

stitutes liege, welches dann erst auf Nicht-Manumittirte übertragen worden wäre, so daß Alles, was in Beziehung auf Letztere als selbständiger Entstehungsgrund dargestellt wurde, in sich selbst zusammenfiele. Aber gerade diesen Gedanken halte ich für vollkommen unmöglich, und da er mir nicht einmal eines Gegenbeweises zu bedürfen scheint (er ist ja auch noch nirgends aufgestellt worden), so durfte ich nun allerdings um jener anderen beiden Gründe willen den ganzen Gegenstand von diesem Werke ausschließen. Wir können an allen Orten erkennen, daß die **b. p. liberti** durchaus gleichen Schritt gegangen ist mit der **b. p. ingenui**. Und wenn wir also annehmen dürfen, daß der Prätor bei der Letzteren anfangs nur eine **successio** unter den vier civilrechtlichen Erbklassen (**ex test. — sui — prox. agn. — und gentiles**) eingeführt habe, so versteht sich von selbst, daß er, auch wenn ein Freigelassener starb, hier die vier Klassen des **scriptus**, des **suus**, des **patronus** und der **gentiles** hintereinander gerufen haben muß [9]). Ferner als dann später der Prätor sich veranlaßt sah, die Cognaten und Ehegatten zur Erbschaft zu rufen, als er endlich den **liberi** ein der civilen testamentarischen sowie der Intestaterbfolge vorgehendes Successionsrecht (**contra tabulas** und **unde liberi b. p.**) gewährte, mußten offenbar diese Grundsätze ebensogut bei **ingenui** als bei **liberti** angewandt werden. Man kann gar

---

9) Diese vier Klassen finden wir ja noch in der späteren Zeit wieder, und zwar auch im Einzelnen mit denen bei der Erbschaft eines ingenuus gleichen Schritt haltend. So z. B. wird, ebenso wie der Prätor nur den proximus agnatus ruft, auch in der Klasse des Patrons nur der proximus zugelassen (Fr. 23. §. 1. de bon. libert.). Aus diesem Grunde kann das Recht der b. p. liberti uns auch für die b. p. ingenui von großer Bedeutung werden, wenn ein Punkt, der bei beiden auf durchaus gleicher Stufe steht, sich bei jener direct aus den Quellen darthun läßt, während sie ihn bei dieser zweifelhaft lassen. So ist es namentlich in Beziehung auf die oben erörterte Frage, ob der Prätor hinter den sui den prox. agnatus rufe, von entscheidender Beweiskraft, daß er auch den Patron auf den suus folgen ließ. Denn daß in fr. 38. §. 1. und fr. 42. §. 2. de bon. lib. nur von einem filius emancipatus die Rede sei, wird Niemand behaupten wollen.

Digitized by Google

nicht einmal annehmen, daß die Prätorische Thätigkeit sich zuerst nur auf die Einen concentrirt habe, und dann erst auf die Anderen angewandt sei. Die Aufstellung einer **successio**, die Berufung der Cognaten, der **liberi**, sind allgemeine vom Prätor eingeführte Principien, die gleich von Anfang an allenthalben, wo sie überhaupt Platz greifen konnten, gegolten haben werden, die also am Natürlichsten von Zeit ihrer Entstehung an sowohl auf das Vermögen der Freigelassenen als der Nicht-Manumittirten zu beziehen sind.

Außerdem enthält freilich das Prätorische Erbsystem für den Tod eines Manumittirten noch ganz besondere Erbklassen (**c. t. b. p. des Patrons, unde decem personae, etc.**), aber diese tragen dann auch ihre völlig singuläre Beziehung auf das Patronatsverhältniß und ihre ganz besonderen Entstehungsgründe dermaßen an der Stirn, daß sie sich vollkommen aus dem vorligenden Werke ausscheiden ließen, und nur gelegentlich zur Erwähnung kommen mußten, um die Unzulässigkeit von Schlußfolgerungen darzuthun, welche man bisweilen für die hier behandelten Lehren daraus gezogen hat. —

Ein zweiter Vorwurf, den man mir machen könnte, bezieht sich ebenfalls auf etwas, das ich mit Unrecht vernachlässigt zu haben scheine. Es ist nämlich eine lobenswerthe Sitte, der monographischen Darstellung irgend einer Lehre eine Literärgeschichte vorauszuschicken. Der Schriftsteller, welcher einen Gegenstand neu bearbeiten will, soll auf der Höhe der Literatur stehen, und er soll auch sogleich seine Leser auf denselben Standpunkt stellen, damit sie über das Verhältniß und die Leistungen des neuen Werks im Gegensatz zu den vorhergehenden sich ein Urtheil bilden können.

Indessen kann diese allgemeine Vorschrift doch auch wieder in Folge der eigenthümlichen Gestalt, welche in einer bestimmten Lehre die Literatur angenommen hat, in besonderer Weise befolgt werden müssen. Und wie es namentlich in Beziehung auf die **b. p.** zu halten sei, liegt schon in den wenigen literarischen Notizen, welche ich im Anfange dieser Einleitung gegeben habe. Die Schriftsteller der vorigen Jahrhunderte haben sich um eine Erforschung des Ursprungs und der geschichtlichen Fortbildung der **b. p.** wenig gekümmert, und

Digitized by Google

doch ist dies hier gerade so vorzüglich nöthig, wenn man zu dem Justinianischen Endresultat durchdringen will. Daher kommt es, daß sie nicht als ein großes, bestimmten Principien unterworfenes, und genau in einander greifendes Ganzes aufgefaßt wurde, sondern daß man sie als ein Compositum verschiedener, einzelner, unzusammenhängender Rechtssätze behandelte, deren dürftige Erörterung auch meist nur aus einem gewissen Instincte des Antiquirtseins gerechtfertigt wurde.

Daher kommt es, daß indem wir uns jetzt das entschwundene Leben des gesammten Instituts anschaulich machen, und so zu einer bewußten Aufstellung des davon noch vorhandenen Residuums vorschreiten wollen, uns dazu jene Schriftsteller nur soweit von Bedeutung sein können, als sie etwa einzelne gute Bemerkungen und Quelleninterpretationen enthalten. Dazu bedarf es aber nicht der Voraussendung ihrer Gesammtansichten über die b. p., oder vielmehr, da sich dergleichen gar nicht eigentlich findet, so brauchen wir nicht in Voraus alle die einzelnen Bemerkungen eines jeden Schriftstellers über die b. p. dogmengeschichtlich zu sammeln, aus denen dieser sich nicht einmal selbst ein anschauliches Bild des Ganzen construirt hat.

Erst seitdem man angefangen hat (und es ist kein langer Zeitraum) die b. p. als ein System aufzufassen und aus gewissen leitenden Principien zu erklären, — erst von dieser Zeit an ist es von Wichtigkeit, die verschiedenen aufgestellten Grundansichten gleich im Anfange vorauszuschicken, damit die Eigenthümlichkeiten und die Uebereinstimmungen des in diesem Werke verfolgten Weges mit den früher eingeschlagenen sogleich ins Auge leuchten. Alsdann läßt sich um so leichter im Verlauf der eigenen Darstellung am passenden Orte die Widerlegung der entgegengesetzten Ansichten einflechten.

Ich will hiermit keineswegs etwas Aehnliches behaupten, als was Fabricius [10]) meint, der überhaupt auch die Kenntniß der unserem Jahrhundert vorausgehenden Schriftsteller für erläßlich zu halten scheint. Es handelt sich hier bloß darum,

---

10) Ursprung und Entwicklung der bon. poss. (1837) Vorrede S. XI. — Mit Recht ist er hierüber von Huschke (Richtersche Jahrbücher. 1839. S. 2.) getadelt worden.

Digitized by Google

ob es passend sei, eine umfassende dogmengeschichtliche Einleitung meiner Schrift vorauszuschicken. Das habe ich verneint. Aber daneben ist eine andere Bedeutung der früheren Literatur wohl im Auge zu behalten. Nachdem ich nämlich entwickelt haben werde, in welcher Gestalt Justinian die b. p. als practisches Recht recipirte, liegt die weitere Frage ob, wie unsere deutsche Reception sich zu diesem Justinianischen Rechte verhalte? Ob nicht etwa unsere Praxis eine bewußte und wohlbegründete Veränderung mit den Justinianischen Bestimmungen vorgenommen habe? — Offenbar ist dies das letzte Stadium, welches wir zu durchlaufen haben, um zu sicheren Endresultaten zu gelangen, indem nur diejenigen Justinianischen Bestimmungen, welche als solche recipirt wurden, dann aber auch bisher irrthümlich aufgefaßt sein konnten, — auf heutige Anwendung Anspruch haben. — Die Träger aber und die Erkenntnißquelle der Reception sind eben die Schriftsteller aller Jahrhunderte, in denen das Römische Recht bei uns bestanden hat. — Daher rechtfertigt es sich, daß ich die Ansichten dieser Schriftsteller über die practische Anwendbarkeit der in der Justinianischen Compilation enthaltenen Rechtes erst am Ende des ganzen Werkes zusammenstellen werde, während ich hier im Anfange nur eine Uebersicht der Ansichten vorauszuschicken habe, welche zur Erklärung der ursprünglichen Gestalt und des von den Römischen klassischen Juristen anerkannten Begriffes der b. p. aufgestellt worden sind. Manche davon werden an dem geeigneten Platze (und auch nicht einmal alle bereits in diesem Bande) eine besondere Gegendeduction hervorrufen; anderen glaubte ich bloß die Ausführung meiner eigenen Ansicht entgegenhalten zu brauchen, indem darin auch die Gründe enthalten sind, welche jenen zu widersprechen scheinen.

Wir eröffnen die Reihe[11]) mit Hugo. Derselbe geht in der fünften Auflage seiner Rechtsgeschichte (1815) §. 201. da-

---

11) Was in früherer Zeit z. B. von Koch als Einführungsgrund der b. p. angegeben ist, (s. unten S. 80.) oder was Heineccius darüber

von aus, daß bei der großen Beschränktheit des alten Civilerbrechtes ein mit den veränderten Verhältnissen fortgegangenes Eintreten in das Vermögen eines Verstorbenen nöthig geworden sei. Für diese Fälle nun, wo der civilrechtliche Erbe nicht vorhanden gewesen, habe der Prätor damit nicht die Creditoren durch die verhaßte **missio in possessionem** (§. 8. J. de b. p. „**ne actiones creditorum differrentur . . . et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit,**“) oder jeder unbefugte Dritte durch Besitzergreifung zum Vermögen gelangten, — Andere vom Civilrecht nicht berücksichtigte Personen zur Erbschaft gerufen. Es sei dies geschehen, indem er den mit dem Erblasser näher verbundenen Personen mittelst des **Int. quor. bon.** die factische Besitzeseinweisung ertheilt habe. Um dieses und anderer Vortheile willen sei denn auch in anderen Fällen, wo von keinem Concurse die Rede war, eine solche Besitzesertheilung (**bon. poss.**) gebräuchlich geworden, und habe sich durch besondere Veranlassungsgründe zu einer von der **hereditas** ganz verschiedenen Lehre ausgedehnt. —

v. **Löhr**[12]) nimmt im Allgemeinen diese Hugo'sche Ansicht an, findet sie aber nicht für genügend, um sowohl die eigenthümliche Form der b. p., als den Umstand zu erklären, daß sie auch alle civilrechtlichen Klassen umfaßt habe. Während nach Hugo die b. p.: **supplendi juris civilis gratia** eingeführt wäre, stellt daher von Löhr zur Vervollständigung dieser Ansicht noch ein früheres, **adjuvandi juris civ. gr.** proponirtes Stadium des Institutes auf. Der Prätor habe anfangs gar nicht an ein neues Successionssystem, sondern an eine sehr natürliche Begünstigung des **heres** gedacht. Dieser

---

gefabelt hat, bedarf hier ebensowenig der Erwähnung, als was in der **Glosse** (zum Titel de bon. poss. im Anfange) einem solchen ähnlich sieht.

12) In seinem und Grolmanns Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Bd. III. (1820). S. 253 ff. — Archiv f. d. civ. Praxis. XII. (1829). S. 85 ff — Löhr's Magazin IV. Heft 4. (1814). S. 401 ff.

Digitized by Google

habe nach Civilrecht gar kein Rechtsmittel gehabt, um den schleunigen Besitz des Vermögens zu erlangen, und namentlich sei doch dies ihm so wichtig gewesen, seitdem jeder unbefugte Dritte durch einjährigen Besitz der Erbschaftssachen diese zu seinem Eigenthum machen konnte (**pro herede usucapio**). Dem habe nun der Prätor durch das oft gebrauchte Mittel der **missio in possessionem** abgeholfen, zu deren Schutze das **Int. quor. bon.** eingeführt worden sei. Hieran knüpfte es sich erst später an, daß er **in Ermangelung eines heres**, nun auch die dem Erblasser nahe verbundenen vom Civilrecht nicht berücksichtigten Personen (Cognaten, Ehegatten) **in bona** immittirte; ursprünglich nur **causa cognita pro tribunali.** Dann aber, nach Bildung eines festen Gewohnheitsrechts nahm er auch über diese **non heredes** feste Regeln ins Edict auf, und so mußte sich denn auch für diese aus der jedenfalls ihnen zugestandenen **pro herede usucapio**, nach und nach eine wahre **per universitatem successio** entwickeln. Zuletzt kamen dann noch **corrigendi jur. civ. gratia** einige Klassen (**contra tab., unde liberi**, und aus einigen vitiösen Testamenten) hinzu. —

v. **Savigny**, welcher gegen den Gedanken aufgetreten ist, daß bei den Römern das **Int. quor. bon.** wie alle Interdicte, ein schleunigeres Verfahren gebildet habe, mußte auch die von Löhr schon benutzten Elemente ganz in anderer Weise zur Erklärung der **b. p.** zusammensetzen [13]). Auch er knüpft an das **Int. quor. bon.** und die **pro herede usucapio** an, aber unter der Grundvoraussetzung, daß der Prätor nicht zum Schutz der **heredes**, sondern um gewisser dem Erblasser nahe verbundener Personen willen, welche das Civilrecht nicht zur Erbschaft rief, seine Thätigkeit begonnen habe, (also **supplendi** und **corrigendi jur. civ. gratia**). Es sei ihm darauf angekommen, diesen Personen (z. B. den Emancipirten, den Cognaten) gleiche Vortheile mit den Erben zu verschaffen. Aber der Prätor habe nur schrittweise zu diesem Endziele vorschreiten können. Anfangs habe die practisch gleiche Behandlung

13) Zeitschr. f. gesch. R. W. V. (1825). S. 14 ff.

Digitized by Google

darin gelegen, daß er sowohl die Obligationen (Forderungen und Schulden) als das Eigenthum des Erblassers dem neu Gerufenen zu Theil werden ließ. Erstere mittelst der fictitiae actiones (Ulpian tit. XXVIII. §. 12. Gaius IV. 34.); letzteres dagegen ließ er ihnen mittelst des damals geltenden Rechtes der pro herede usucapio zukommen, und nur für den Fall, daß Andere schon den Besitz dieser Eigenthumsgegenstände ergriffen hatten, mußte noch ein eigenes Rechtsmittel, das Int. (adipiscendae possessionis) quorum bonorum aufgestellt werden, weil sonst jene begünstigten Personen, denen weder eine Vindication [14]) noch eine hered. pet. zustand, hier völlig klaglos gewesen wären. Indem also Anfangs der Prätor nur Mittel darbot, um den bonor. possessor zum Anfange der pro herede usucapio zu verhelfen, änderte sich dieses wesentlich, als später das Recht des natürlichen Eigenthums (in bonis) aufkam, welches man sehr natürlicher Weise auch dem bonorum possessor einräumte. Jetzt genoß derselbe auch schon vor der Usucapion die meisten practischen Vortheile des Eigenthums, und daher konnte man sich mehr und mehr daran gewöhnen, die b. p. als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, und auch die Erbschaftsklage analogisch, als possessoria hered. pet., dem bon. possessor (etwa seit Mark Aurel) zugestehen. Seitdem waren das Int. quor. bon. und die poss. her. pet. an sich völlig gleichbedeutend, und bestanden nur noch wegen der Verschiedenheiten des Interdicten- und Actionenprocesses neben einander fort. Im Justinianischen Recht ist aber auch dieser Unterschied verschwunden. —

Während die bisher dargestellten Ansichten, bei aller inneren Verschiedenheit, doch gewisse gemeinsame Elemente zur Er-

---

14) Ich habe mich lange gewundert, daß hiergegen ein sehr nahe liegender Grund noch nicht bemerkt worden sei, welcher der angegebenen Erklärung des Int. quor. bon. seine Stütze raubt. Gaius sagt es nämlich a. a. O. ausdrücklich, daß auch die Vindicationen dem b. possessor als ficitiae zustanden. Endlich habe ich dies zufällig noch auf dem Umschlage des Arch. f. die civ. Pr. XII. Heft 1. von Löhr angedeutet gefunden.

Digitized by Google

klärung der b. p. benutzen, geht Niebuhr von durchaus anderen Principien aus. (Röm. Gesch. II. zweite Ausgabe (1830.) S. 173 ff. III. S. 37.) Seine Ansicht ist eine unwahrscheinlichere Fortentwicklung der wahrscheinlicheren Entstehungsgeschichte der possessio aus dem Rechtsverhältnisse am ager publicus. Die hereditas habe objectiv nur das Eigenthum umfaßt, dagegen das Staatseigenthum und der Besitz daran habe nach dem Tode des Inhabers von der Obrigkeit erbeten werden müssen. Diese konnte es freilich dem civilrechtlichen Erben verleihen, war aber auch nicht streng daran gebunden. So bildete sich nach und nach ein Gewohnheitsrecht über die Forterbung des ager publicus, welches bei der großen Bedeutung desselben nur bei wenigen Verlassenschaften nicht zur Anwendung kommen konnte. Daß die b. p. im Rechte der Kaiserzeit eine ganz andere Gestalt und Wesen angenommen habe, sei eine dem Rechte der Römer und neuerer Völker gar nicht ungewöhnliche Veränderung.

Die Wahrscheinlichkeit dieser Hypothese, welche also auf eine Verschiedenheit der vererbten Gegenstände gebaut ist, wird ganz abgesehen von anderen dagegen vorgebrachten Gründen stets daran scheitern, daß alle Data, welche wir überhaupt von der b. p. besitzen, gerade darauf hinausgehen, daß die b. p. eben dieselben Gegenstände umfaßt, welche in der hereditas enthalten sind. Bonorum possessio und hereditatis possessio ist ein und dasselbe. —

Hugo hat in späterer Zeit seine obige Ansicht in soweit aufgegeben, als er freilich die b. p. noch immer ein „mit dem Verfahren bei Zahlungsunfähigkeit in Verbindung stehendes" Institut nennt [R. G. 11te Aufl. (1832) S. 551. S. 24], aber darin doch nicht mehr den eigentlichen oder alleinigen Entstehungsgrund des Ganzen findet, indem er S. 238 Z. 9 u. ff. sagt: „Bei Peregrinen mußte aber doch wohl, wenn sie überhaupt Vermögen hatten, mit von einer Succession in dasselbe die Rede sein, und vielleicht war dies auch ein Keim zu der freilich erst späterhin in das Prätorische Recht aufgenommenen, von der hereditas verschiedenen bonorum possessio." Hugo kehrt hiermit zu einer schon älteren Ansicht [15])

15) Bereits von Löhr (Magazin III. 250) sagt darüber: daß einzelne

zurück, sie hängt aber bei ihm noch im Besonderen mit der Erklärung der Edictsworte über die sec. tab. b. p. zusammen, worin ausdrücklich auf die leges der verschiedenen civitates Rücksicht genommen sein soll. (S. 589 Anmerkung 2.). Wenn wir dies später widerlegen zu können glauben, (s. unten §. 27. Note 1 u. 5.), so ist hier nur zu bemerken, wie es freilich nicht zweifelhaft sein kann, daß die Römer auch eine Successsion in das Vermögen eines Peregrinen anerkannt haben werden, wobei meist der Proconsul nach den in der Provinz gewohnheitsrechtlich oder gesetzlich anerkannten Erbklassen die Erbschaft regulirt haben mag [16]). Ebenso ist es auch durchaus natürlich, daß sie diese Erbschaftsregulirung in die juristische Form der bon. oder hereditatis possessio kleideten [17]), weil sie nach ihrer freieren Natur und der durch sie dem Statthalter reservirten Oberaufsicht über die Erbschaftsangelegenheiten mit wenigen die Erbklassen betreffenden Veränderungen vollkommen für die Provinzen paßte. Allein ein Anderes ist es, ob nun auch dieser Begriff von den Peregrinen ausgegangen sei? Es kommt hier auf die strenge Durchforschung der ganzen b. p. an, ob sich darin irgend Spuren fremden Rechtes finden, oder ob sich nicht vielmehr Alles als eine eng ans eigentliche Civilrecht angeknüpfte Rechtsfortbildung darstelle. Nach meiner ganzen folgenden Darstellung muß, glaube ich, das Letztere angenommen werden. Nicht einmal bei Hinzuziehung der den Römern von jeher bekannten Cognatenfamilie dürfen wir einen Impuls von Außen annehmen [18]). —

Grundsätze der b p. mit Rücksicht auf das bei anderen Völkern Gewöhnliche entstanden wären, sei sehr wahrscheinlich, daß aber das ganze Institut sich auf das jus gentium gründe, scheine ihm in das Reich der Unmöglichkeiten verwiesen werden zu müssen.

16) Cicero (ad Att. VI. 1. § 12.) sagt, er habe bei der Abfassung seines edictum provinciale vielfach des Scaevola Asiatisches Edict befolgt und namentlich darin, ut Graeci inter se disceptent suis legibus.

17) Cicero erwähnt a. a. O. gerade diese ausdrücklich.

18) So beschreibt auch Cicero die b. p. als ein vorzüglich für Rom berechnetes Institut, das von da erst auf die Provinzen übertragen wurde; und er widerspricht ganz ausdrücklich, daß ihr besondere pro-

Digitized by Google

Es folgt eine Ansicht, welche, nachdem sie schon früher von anderen Schriftstellern angedeutet worden war, dann aber von Fabricius (1837) in der oben citirten Schrift ausgeführt ist, sich eines ganz besonderen Beifalls zu erfreuen gehabt hat. Da sie bereits in diesem Bande §. 24. ausführlich besprochen werden wird, so bedarf es hier nur der kurzen Bemerkung, daß danach anfangs die b. p. einen rein processualischen Charakter gehabt haben soll. Es war Sitte bei Eigenthumsprocessen, daß man noch ein Vorverfahren vornahm (vindiciae), wodurch die eine Partei als Besitzer für den Lauf des Rechtsstreites eigends constituirt wurde, indem sie versprach im Fall des Unterliegens den Streitgegenstand nebst den einstweilen gezogenen Früchten herauszugeben. Entschieden kam dies bei Singular-Vindicationen wie bei der **her. pet.** vor. Nur mit dem Unterschiede, meint Fabricius, daß bei jenen man den zum **possessor** im Proceß constituirt habe, welcher bisher schon ohne **vitium** besessen hatte, — während bei der **her. pet.** ein solcher Grundsatz höchst unthunlich und es weit vernünftiger gewesen sei, den zum **possessor** zu constituiren, welcher nach der ersten oberflächlichen Beurtheilung das beste Recht für sich zu haben schien. Also wer ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweisen konnte, oder in dessen Ermangelung der nach Intestaterbrecht zur Successsion Berechtigte.

In dieser ältesten Gestalt, wie sie sich aus einer Stelle des Cicero beweisen soll, war also die b. p. rein **adjuvandi jur. civ. gratia.** Aber ebenfalls schon zu Ciceros Zeit soll sie einen weiteren Schritt gethan haben [19]), indem der

---

vincielle Interessen zum Grunde lägen. S. die unten S. 123 und 124 abgedruckte Stelle am Ende.

19) Wie dieses Nebeneinanderbestehen der ältesten Gestalt und der weiteren Ausbildung aufzufassen sei, ist freilich schon von vorn herein schwer zu verstehen. Fabricius geht ohne alle weitere Erklärung darüber hinweg. Denn daß Fälle vorkommen konnten, wo (in Folge der formula petitoria) ein Erbschaftsproceß ohne die Vindicien durchgeführt wurde (S. 58 u. 59), ist doch wahrlich noch kein Grund, daß nun auch die Vindicien (oder eben die b. p.) ohne Erbschaftsproceß hätten ertheilt werden können. Sehr sonderbar nehmen sich folgende beide Sätze nebeneinander gedruckt aus:

Digitized by Google

Prätor in den Fällen, wo kein Civilerbe vorhanden war, auch den Cognaten und Ehegatten den Besitz der Erbschaft versprochen habe (**supplendi jur. civ. gr.**). Natürlich konnte dies nicht mehr den Charakter einer Vindicienertheilung haben, und das soll nun auch auf die Civilerben zurückgewirkt haben, indem diese jetzt ebenfalls, ohne auf die Anstellung eines Processes zu warten, die b. p. in gewissen im **successorium edictum** enthaltenen Fristen agnosciren konnten. Endlich aber soll dies Institut von Augustus noch **corrigendi jur. civ. gratia** zur Herzurufung der **emancipati** benutzt worden sein, und Danz (R. G. II. S. 49) findet es keinen Widerspruch mit dem ursprünglich processualischen Charakter, wenn er auch dies bereits in Cicero's Zeit zurückversetzt. —

Zwei mehr den Worten, als der Sache nach neue Ansichten, beide im Jahre 1838 aufgestellt, sind hier nur kurz zu erwähnen. Christiansen (Wissenschaft der Röm. R. G. I. S. 418.) stützt sich auf die engen Gränzen des alten Civilrechts, welches weder eine **graduum successio**, noch manche Personen (**emancipati, in adoptionen dati**, Agnatinnen über den zweiten Grad hinaus, und Cognaten) überhaupt zur Erb-

---

S 32. „Bisher, so lange es schon Prätorisches Recht gegeben habe, — lehrt Cicero — sei es Gebrauch gewesen zu ediciren, daß zuvörderst demjenigen, welcher in einem der äußeren Form nach gültigen Testamente sich instituirt finde, die Vindicien ertheilt werden sollten" ꝛc. — und:

S. 59. „aber ebenso mußte es jetzt (d. h. zu Ciceros Zeit) auch den Civilerben, ebenso wie den Cognaten und dem überlebenden Ehegatten gestattet werden, in allen den Fällen, wo Niemand ihnen die **hereditas** streitig machte, also gar keine her. pet bevorstand, die b. p. vom Prätor zu erbitten, die alsdann also weder **litis ordinandae gratia** ertheilt ward, noch den Bittenden zur Sicherheitsleistung verpflichtete."

Fabricius scheint sich das Verhältniß so zu denken: da, wo noch einmal ein Erbschaftsproceß kommen wird, (das weiß man ja aber nicht vorher!), wartete man mit Ertheilung der b. p. bis zur Anstellung der her. pet. (und das war zu Cicero's Zeit das „Hauptsächliche." S. 30.), dagegen wo nie ein Erbschaftsproceß sich ereignen wird, da ertheilte man die b. p. gleich von Anfang an. — Ich gestehe, daß ich mir dies nicht klar denken kann.

Digitized by Google

schaft zuließ. Die Volksgesetzgebung machte keine Anstalt zur Erweiterung des Rechtes, weil „überhaupt der Puls des Erbrechtes in der Geschichte aller Völker am langsamsten geht.“ Außerdem seien diese Härten wenig zu Tage gekommen, da von Alters her fast nie ein Römer starb, ohne ein Testament gemacht zu haben, und darin „die Differenzen ausglich, in welchen die Billigkeit vergebens ihr Recht suchte.“

Was das Volk über die vom Civilrecht ausgeschlossenen Personen dachte, erkannte der Prätor aus den Testamenten, und so gewährte er ihnen ein, freilich dem civilrechtlichen nachstehendes, Erbrecht, indem er ihnen den Besitz der Verlassenschaft übertrug, und durch das allgemeine Interdict: „ne vis fiat ei“ gegen den praedo schützte. Dasselbe, oder ein ähnliches Interdict pflegte sich auch der civile Erbe zu erwerben, und so wurde der Prätor veranlaßt, unter bestimmten Terminen eine Reihefolge aller Civilerben und der nicht Erben, die er für besser als praedones hielt, aufzustellen, nach welcher er das Int. „quor. bon.“ ertheilen würde, d. h. welche Personen welchen Personen in der Besitznahme weichen müßten [20]).

v. Tigerström (Innere Rechtsgeschichte S. 662) sagt noch weniger Neues. Der Prätor habe allenthalben das auf ursprüngliche Gewohnheit basirte Civilrecht nach der Billigkeit gemildert. Aber das Eigenthümliche dabei sei, daß er bei seiner so durchgreifenden Aenderung nicht das Recht der Civilerben beschränkt, demnach das Civilrecht nicht aufhebt, vielmehr es nur der Willkühr des Einzelnen überläßt, von einem billigeren Rechte Gebrauch zu machen, weßhalb nur bei fehlenden Civilerben jene vom Prätor aufgestellten Grundsätze jedenfalls entscheidend sein können. Schon im Ausdrucke bon. poss. liege im Gegensatz zur hereditas der Begriff des milderen Rechtes. —

Einen bei weitem tieferen Blick in das Wesen der bon. possessio thut Huschke, welcher in der Recension der Fabricius'schen Schrift (Richtersche Jahrb. 1839. H. 1. S. 11.)

---

20) Es ist dies offenbar eine Combination der Ansichten von Löhr und Savigny.

Digitized by Google

auch in der Kürze seine eigene Ansicht entwickelt. Er knüpft wieder an die **pro herede usucapio** an, und erklärt sie aus dem früher schon in anderer Weise von ihm benutzten, dem Römischen Recht eigenthümlichen Gegensatze des Innerlichen oder Rechtlichen und des Aeußerlichen oder Faktischen.

Jenes war die **hereditas**, dieses, den Besitz und Genuß des Vermögens gewährend, die **pro herede usucapio**. Ebenso aber wie der Eigenthümer meist auch Besitzer ist, so war auch im Erbrecht gewiß in der Regel das Innerliche mit dem Aeußerlichen verbunden, d. h. der **heres** ergriff den Besitz des Nachlasses. Aber wo dieser nicht wollte oder konnte, nahm ein Nicht-**heres**, eine dem Verstorbenen nahe stehende Person, das Vermögen als **pro herede Usucapient** in Besitz, seines eigenen Gewissens wegen, um die auf der **familia defuncti** haftenden **sacra** oder dessen ökonomische Ehre den Gläubigern gegenüber zu vertreten [21]). Später aber, als Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben anfing (etwa seit der **lex Licinia de modo agri** 388.) sei diese **pro herede usucapio** eine völlig **improba** geworden, die man nur zum Vorwande nahm, sich zu bereichern, und aus der eine völlige Zersplitterung der **bona** hervorgegangen sei. Dem Prätor habe habe es obgelegen, dieselbe auf bessere Principien zurückzuführen, namentlich die einheitliche Natur der **bona** festzuhalten, diese **bona** nur dem Würdigsten zukommen zu lassen, und im Fall dieser verhindert würde, dem nächst würdigen Competenten die **pro herede usucapio** zuzutheilen (**successorium edictum**). Dies sei gerade die ursprüngliche Gestalt der **b. p.**, indem der Prätor nach diesen Grundsätzen die Besitzergreifung der Güter, statt daß sie bisher Jeder selbst vornehmen mußte, um **pro herede** zu usucapiren, jetzt durch seine Hülfe (**Int. quor. bon.**) unterstützte, und so nur den von ihm auserwählten Personen die **pro her. us.** zu Theil werden ließ. —

21) Den Grund, aus dem Gaius die Einführung der pro herede usucapio motivirt (s. unten S. 20), will Huschke nicht eigentlich gelten lassen. Aber ich kann nicht einsehen, wie sich der nun von Huschke angegebene (S. 12 Note *) davon unterscheiden soll.

Digitized by Google

Wieder in anderer Weise, aber mit weit mehr Willkührlichkeiten, leitet ganz neuerdings Bachoven (über die lex Voconia. 1843. S. 66 ff.) die b. p. aus der pro herede usucapio ab. Es gehe letztere als hereditatis possessio durchaus parallel mit der gewöhnlichen possessio einer bestimmten Sache. Wenn auch jedem Besitzer einer Erbschaftssache die usucapio zustand, so war sie doch zunächst nur auf den berechnet, der nach Civilrecht einen unbestreitbaren Anspruch auf die Successsion hatte, diesen aber durch rechtsgültige Antretung aus irgend einem Grunde zu erwerben verhindert war; z. B. Infantes [22]). Für solche Fälle habe der Prätor keinen Anstand nehmen können, dem, welcher ihm seine Ansprüche auf die civile Erbfolge darthat, zum Besitz der Erbschaftsstücke zu verhelfen, und zwar mußte anfangs diese Hülfe wohl für jeden einzelnen Gegenstand nachgesucht werden [23]). Dann habe

---

22) Diesen Punkt giebt auch schon Huschke an, aber weit richtiger, indem er den wahren von Gaius angeführten Entstehungsgrund der pro her. us. darüber nicht vergißt.

23) Ich muß wenigstens hier, da ich in meiner eigenen Ausführung auf diese Bachovensche Ansicht nicht mehr habe Rücksicht nehmen können, kurz bemerken, wie mir dieser singuläre Anfangspunkt der b. p. höchst unwahrscheinlich (denn von Quellenbelegen ist hier nicht die Rede) vorkommt. In dieser älteren Zeit wird an infantes meist die Erbschaft nur deferirt sein, wenn sie sui waren, dann aber konnte der Tutor gleich die her. pet. anstellen. Und sollte das nicht einfacher gewesen sein, als um jede einzelne Sache die Prätorische Hülfe anrufen? — Der Fälle waren überhaupt in älterer Zeit so wenige, wo Jemandem Erbrecht deferirt wird, und er es nicht acquiriren kann, daß unmöglich daraus die Entstehung der pro her. us. (hier steht ja überdem Gaius entgegen) und der bon. poss. abgeleitet werden kann, wenn sich auch für solche Fälle in diesen Instituten eine Aushülfe findet. Wer wird meinen, daß die ganze sec. tab. b. b. aus der Absicht hervorgegangen sei, dem bedingt Eingesetzten zur Erbschaft zu verhelfen?

Viel wahrscheinlicher wird die Bachovensche Ansicht, wenn man diesen singulären Anfangspunkt ganz wegläßt, und nur meint, der Prätor habe den heredes ein Recht auf den Besitz gewähren wollen. Dann aber fällt sie wieder mit der Löhr'schen Ansicht zusammen, denn auch dieser muß, wenn er es gleich nicht ausspricht, nothwendig bereits von Anfang an ein successor. edictum für die civilrechtli-

der Prätor allgemeine Regeln über die Besitzestheilung aufgestellt, so daß also die b. p. Nichts als das durch den Prätor (mittelst des Int. quor. bon.) geschützte Recht auf Besitz sei; nur der Erwerb, nicht aber die Natur dieses Besitzes sei dadurch verändert. Natürlich habe dies Recht auf Besitz nur erlangen können, wer dem Prätor sein freilich nicht nächstes Civilerbrecht, wenn auch bloß durch raschere Bescheinigungen darzuthun vermogte, und darauf beruhe das **successorium edictum**, indem der Prätor die civilrechtlichen Klassen hintereinander herrufe, der Frühere durch den Späteren seines Rechtes nicht beraubt werden könne (b. p. **sine re**), wohl aber dieser Spätere noch immer dem praedo in der Berechtigung zur **pro herede usucapio** vorgehen solle.

Nur soweit reiche die reine Thätigkeit des Prätors. „Ein besonderes, eigenes, freies Erbrecht (wie an die Cognaten, Emancipirten), aufzustellen, habe einem einzelnen Magistrat nie zustehen können, es dürfe dies nur aus der Praxis des Centumviralgerichtes, welches über Erbschaftsstreitigkeiten zu entscheiden hatte, abgeleitet werden, zu der der Prätor allenfalls die äußere Veranlassung geben konnte. Alle und jede rein Prätorische b. p. aber sei nur zur Erleichterung des Besitzerwerbes für den **heres** aufgestellt. —

Ich glaube, daß namentlich diese letztere auf höchst kühne Combinationen gebaute Ansicht ebensowenig Beifall finden wird, als die von Fabricius aufgestellte, daß die c. t. und **unde liberi** nur von August eingeführt sein könne. Sie wird sich, wie ich hoffe, einfach durch die spätere Darstellung meiner eigenen Ansicht über die Entstehung jener Prätorischen Erbklassen widerlegen lassen. Nur ein Punkt ist hier hervorzuheben, der in dieser Bachovenschen Ansicht verborgen liegt, und mir vollkommen richtig zu sein scheint. Er ist um so mehr hervorzuheben, als er bisher so vielfach übersehen ist. Bachoven nimmt offenbar an, daß, wenn man die ursprüngliche Gestalt der b. p. rein an das Interd. quor. bon. anknüpft, also sie

---

chen ordines annehmen, sobald überhaupt das behauptete beneficium realisirbar sein sollte.

Digitized by Google

sich (sei es in welcher eigenthümlichen Gestalt es wolle) als eine Besitzeseinweisung denkt, — daraus sich ohne ganz besondere äußere Einwirkungen nie der Begriff eines wahren Erbrechtes, einer Universalsuccession, was doch die b. p. unseren Quellen nach entschieden bereits unter der Hand des Prätors geworden ist, entwickeln lasse. Eine Besitzeseinweisung auf die überhaupt des Besitzes fähigen Gegenstände, ist gerade das, wofür man nach Labeos ausdrücklicher Warnung (fr. 3. §. 1. de bon. poss.) die bonorum possessio nicht halten soll (non uti rerum possessio accipienda est; denique et si nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait). Unmöglich kann sich doch so ohne Weiteres der Begriff in den entgegengesetzten umgeschlagen haben. Deßhalb, schließt nun Bachoven, könnte der Begriff eines wahren Erbrechts gar nicht direct vom Prätor ausgegangen sein. Umgekehrt: da der sicherlich vom Prätor eingeführte Begriff der Universalsuccession das ist, was wir in unseren Quellen finden, und da wir nach dem Ursprunge desselben suchen, so dürfen wir diesen eben nicht aus Etwas ableiten wollen, was durch eine weite Kluft von dem Begriffe der b. p. getrennt ist, über die wir durch allmähliches Anwachsen und Anspülen nie sich einen Uebergang werden bilden sehen. Mit anderen Worten, wir müssen die Entstehung der b. p. auf einem ganz anderen Punkte suchen, als beim Interd. quor. bon., und der dadurch beförderten Ergreifung der körperlichen, des Besitzes fähigen Erbschaftsgegenstände. Wir dürfen ferner nicht den Umfang der in der b. p. enthaltenen Rechte aus dem Falle, wo sie einem heres verliehen wird, ableiten, denn sonst freilich würden wir immer wieder lediglich aufs Int. quor. bon. zurückgetrieben werden, wie dies sowohl die Quellenaussprüche (Gai. III. 34) als die Natur der Sache mit sich bringen. Denn einem heres braucht das Erbrecht, die Universalsuccession, nicht erst vom Prätor ertheilt zu werden. Wäre also die b. p. anfangs nur dem heres verliehen, so könnte sie allerdings nicht den Begriff der Universalsuccession enthalten. Aber sie ist auch von jeher noch Anderen als dem heres zugekommen, und offenbar nur in diesen Fällen können wir ihren vollen selbständigen Begriff

erkennen, von dem bei einer Verleihung an den heres nur noch das erkennbar ist, was über den Umfang des Civilerbrechtes hinausliegt. —

Wie sich aus diesen Elementen meine Ansicht über Entstehung der b. p. entwickle, das wird nun gleich aus dem zunächst folgenden Kapitel zu ersehen sein.

Digitized by Google

Erſtes Buch.

Urſprung und Begriff

der

bonorum possessio.

Digitized by Google

Digitized by Google

Erſtes Kapitel.

Entſtehung der honorum possessio.

I. Die Anknüpfungspunkte des älteren Civilrechts.

§. 1. In dem Rechte der 12 Tafeln finden ſich nur zwei Succeſſionsarten, die teſtamentariſche und die Inteſtatſucceſſion. Sie ſtanden zu einander in dem Verhältniß, daß die vom Geſetz angeordnete Erbfolge (**legitima hereditas**) durchaus als **jus non publicum** galt, alſo durch eine teſtamentariſche Dispoſition ohne alle Beſchränkung abgeändert werden durfte [1]), ſobald nur daraus nicht ein Zuſammentreffen beider Succeſſionsarten in einem und demſelben Falle hervorging [2]). Von einem Rechte der nächſten Inteſtaterben, gegen ein ſie nicht berückſichtigendes Teſtament aufzutreten, iſt in dieſer älteſten Zeit noch keine Spur zu finden, wohl aber beſtand für die **sui heredes** umgekehrt ein Zwang, daß ſie von der ihnen ohne Antretungshandlung zugefallenen Erbſchaft ſich auf keine Weiſe wieder befreien konnten, mogte die Delation aus einem Teſtamente oder **ab intestato** geſchehen ſein.

Dieſe beiden Punkte, daß dem **suus heres ipso jure** die Erbſchaft anfällt, und er gezwungen iſt ſie zu behalten, hän-

1) „uti pater legassit — ita jus esto.“ —

2) „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“

gen, wenn sie auch durchaus nicht in Eins zusammentreffen [3]), doch genau mit einander zusammen, und lassen sich aus einem und demselben Principe erklären. Es ist das Charakteristische des älteren Rechtes, daß die Familienverhältnisse wie Eigenthumsrechte aufgefaßt werden. Man nahm **potestas** und **dominium** für gleichbedeutend, im Sinne von der höchsten, der vollkommenen privatrechtlichen Macht, welche man über irgend etwas erlangen kann [4]). Es ist von großer Bedeutung diesen Begriff genau von dem einer Sache zu trennen. Es giebt Sachen, die gar nicht im **dominium** einer Person stehen können, während freilich bei den meisten uns umgebenden Gegenständen die Begriffe von Sache und vom Stehen im Eigenthum zusammenfallen. Umgekehrt unterscheiden die Römer auch unter den Menschen diejenigen, welche absolut Sachen sind (**servi**), von denen, die als Subjecte von Rechtsverhältnissen erscheinen; Beide, **servitus** und **libertas**, sind ganz unabhängig vom Begriffe einer **potestas**, in der etwa der **servus** oder der Freie steht; sobald aber eine solche vorhanden ist, so bleibt es ein und derselbe Begriff, mag ein Sklav oder ein an sich freier Mensch ihr unterworfen sein. Das zeigt sich im **jus vitae et necis**, im Vindicationsrechte, im Verkaufsrechte, in der Usucapion der Ehefrau, und in der Vermögenslosigkeit aller einer **potestas** unterworfenen Personen. Sobald für **servi** und **filiifamilias** verschiedene Rechtssätze bestehen, so liegt dies über den Begriff der **potestas** hinaus, und alsdann muß offenbar der Unterschied, daß der Eine **in abstracto** Sache, der Andere an sich ein freier Mensch ist, wesentliche Rechtsverschiedenheiten erzeugen [5]).

---

3) So werden ja auch die Legate ipso jure erworben, ohne daß ein Zwang sie zu behalten vorhanden wäre.

4) fr. 195. §. 2. de verb. sign. — Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet. — Dieses dominium oder potestas ist eben der Inbegriff aller Rechte des paterfam.; es ist das Schalten und Walten desselben in domo.

5) So erklärt sich die Art, wie filiifamilias und servi sich selbst obligiren können, ferner das den Ersteren nicht beschränkte connubium etc.

Digitized by Google

Dagegen ist die Art, wie ein der Gewalt Unterworfener in das Vermögen seines Herrn succedirt, völlig aus der **potestas**, die bei des Letzteren Lebzeiten bestanden hatte, zu erklären, sie muß sich also beim **filiusfamilias** und beim **servus** ganz in gleicher Weise gestalten. Beide, der Sklav wie der Hausſohn, gehören zur **familia**, d. h. zum gesammten Vermögenscomplexe des Herrn. Ebenso wie er am Sklaven Eigenthum hat, ist auch der Sohn **suus**, d. h. sein eigenes Kind [6]), dieser ist Theil seines Vermögens, wie er ja denn auch nach dem Principe der Accession das Vermögen des Vaters vergrößert Von dem Ganzen dieses Vermögens kann sich der Sklav und der Sohn nie aus eigenem Willen trennen [7]), weder bei Lebzeiten des Gewalthabers noch nach dessen Tode. Wohl aber muß dieser Tod des Herrn eine wesentlich verschiedene Wirkung für den Sohn und den Sklaven haben, weil jener an und für sich frei, dieser **in abstracto** Sache ist. Der Sohn wird durch den Tod des Gewalthabers vollkommen vermögensfähig, da er aber durch seines Vaters Hinwegfallen nicht die Befugniß erhalten haben kann, sich von dessen Vermögen zu trennen, weil er von jeher als Theil desselben gegolten hat, so folgt es von selbst, daß, indem er Vermögensfähigkeit erhält, er die ganze **familia**, innerhalb deren er bisher dem Vater untergeordnet war, jetzt sich selbst unterordnet. Der Sklav dagegen bleibt nach wie vor passiver Theil der **familia**, und nur, wenn er durch den ausdrücklichen Willen des Herrn den Charakter einer Sache verliert, und ihm das Vermögen übertragen wird, so muß nothwendig dasselbe Verhältniß eintreten, wie beim **suus**, der von selbst durch den Tod seines Vaters vermögensfähig wird und dem schon durch das Gesetz die Erbschaft deferirt ist.

Also der testamentarisch freigelassene und zum Erben ernannte Sklav steht auf derselben Stufe wie der **suus**, mag dieser nun noch ausdrücklich zum Erben ernannt sein, oder

---

6) S. Hugo's R. G. S. 260. Z. 10. ff.

7) fr. 31. de adopt. Die Trennung geschieht vielmehr nur durch ein auf dem Verkaufsrechte des Herrn ruhendes Geschäft, Freilassung und Emancipation.

Digitized by Google

nicht. Bei beiden wirkt die bisherige potestas darin fort, daß sie nicht das Recht haben, aus eigenem Willen sich von der familia, in der sie stehen, zu trennen; deßhalb brauchen sie keine besondere Erwerbshandlung vorzunehmen, und deßhalb sind sie, wie die Römer sagen, **necessarii heredes**.

Ich weiß wohl, daß schon die späteren Römischen Juristen es auf ganz andere Weise erklären, weßhalb dem suus die Erbschaft ipso jure anfalle. Es sei eigentlich gar kein Erbfall, da der Sohn auch schon bei Lebzeiten des Vaters als condominus anzusehen wäre; es könne also auch von einer Erbschaftsantretung nicht die Rede sein [8]).

Allein ich zweifle sehr, ob diese Anschauungsweise, die auch von unseren neueren Schriftstellern vielfach adoptirt ist, wirklich der Grund gewesen sei, aus dem jener Rechtssatz hervorging, ob überhaupt derselbe irgend in das ältere Römische Rechtssystem passe. Es war vielmehr umgekehrt das Grundprincip, daß dem Sohne bei Lebzeiten des Vaters gar kein Vermögensrecht, vielweniger ein Miteigenthum an dessen Gütern zustehe. Es wäre unerklärlich, daß, wenn man in Wahrheit dies Miteigenthum anerkannt hätte, daraus nicht noch weitere Rechtssätze sich gebildet haben sollten, wie wir dies allerdings im Deutschen Rechte finden, während davon im Römischen keine weitere Spur zu finden ist. Es würde endlich, und das ist die Hauptsache, das gezwungene Erbesein, welches doch mit dem ipso jure-Anfall genau verbunden ist, ganz als eine unerklärliche Singularität dastehen, während dasselbe aus der obigen Erklärungsart ganz von selbst sich ergiebt.

---

8) fr. 11. de lib. et post. — In suis heredibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur etc. — Außerdem sind mir noch folgende Stellen aufgestoßen, aus denen dieser Grundsatz hervorgeht, und woraus wir allerdings auf dessen allgemeine spätere, man möchte sagen: Volksansicht schließen können. Cic. in Verr. II. 1. 43. „Quibuscum vivi bona nostra partimur.“ Lex Dei XVI. 3. 6. — fr. 1. §. 12. de success. ed. — Gai. II. 157. §. 3. I. de her. qual. (II. 19.) §. 3. I. de her. quae ab intest.

Digitized by Google

Und so ist es denn auch sehr leicht zu rechtfertigen, wie man in der spätern Zeit des Römischen Rechts nicht mehr den wahren Grund des Rechtssatzes anerkennen wollte, und lieber einen anderen aufsuchte, den man allerdings in diesem einzelnen Falle allgemein annahm, ohne aber daraus noch weitere juristische Consequenzen, die sich allerdings daraus hätten ziehen lassen [9]), ableiten zu wollen. Die ganze Bedeutung der **patria potestas** war nämlich mit der Zeit eine andere geworden, und so wurden denn auch die daraus abgeleiteten Rechte über Tod und Leben, über Verkauf, Vindication, Vermögenslosigkeit der Hauskinder nach und nach ganz oder wenigstens theilweise aufgehoben. Aus derselben Tendenz ging das **beneficium abstinendi** hervor, wodurch der ältere Satz des gezwungenen Erbeseins fast vernichtet und sein genauer Zusammenhang mit dem **ipso jure**-Anfall in den Hintergrund gestellt wurde. Man brauchte daher auch kein Bedenken zu tragen, diesen letzten auf eine den späteren Rechtsansichten gemäßere Weise zu erklären, wobei man freilich darauf verzichten mußte, den dem **suus** in der Erbschaftserwerbung gleichstehenden **servus (cum libertate institutus)** aus einem gleichen Gesichtspunkte zu betrachten.

§. 2. Abgesehen von den **sui heredes** bestand für Alle, denen sonst noch die Erbschaft deferirt werden konnte, weder ein Zwang zur Erbschaftsantretung, noch fiel ihnen überhaupt die Erbschaft anders als durch eine positive Acquisitionshandlung zu. Wenn ihnen also hierbei vollkommene Willensfreiheit gelassen wurde, so war von der andern Seite diese einer zu großen Schrankenlosigkeit überlassen, als daß nicht mancherlei Uebelstände dadurch hätten entstehen müssen. Indem man nämlich dem berufenen Erben (sei es **ex testamento**, sei es **ab intestato**) völlige Freiheit bei der Erbschaftsantretung gewähren wollte, nahm man, was an sich davon noch wesentlich verschieden ist, zugleich an, daß er nicht einmal gezwungen werden könne, sich auch nur darüber zu erklären, ob er antreten

9) Vielleicht etwa hat das Notherbenrecht der **sui heredes** dieser Anschauungsweise der späteren Zeit seine Entstehung zu verdanken.

Digitized by Google

wolle oder nicht. Ein solcher Zwang zur Erklärung wird, wo man ihn überhaupt einführt, stets an gewisse Fristen gebunden werden, in welchen dem berufenen Erben sich zu bedenken freisteht, und nach deren unbenütztem Ablauf er seines Rechts verlustig geht.

Aber die 12 Tafeln kannten diesen Unterschied noch nicht. Wer nicht als **suus** zur Antretung gezwungen ist, der ist nicht allein berechtigt, sich nach vollkommen freiem Willen über die Acquisition der ihm deferirten **hereditas** zu entscheiden, er ist auch befugt, diese Entscheidung so lange er will aufzuschieben, ohne daß dadurch einer folgenden Klasse die Erbschaft deferirt worden wäre. Es gab mit anderen Worten im ältesten Rechte keine Deliberationsfristen. So konnte er also noch nach langen Jahren die Antretungshandlung vornehmen, und die Erbschaft von anderen Besitzern einfordern, wofern nicht eine rechtsgültige Usucapion die Klage ausschloß.

Die 12 Tafeln waren auf biedere Leute und für einen kleinen Staat berechnet, und so kann es uns nicht wundern, daß sie auf einen so wichtigen Punkt, wie in einem jeden ausgebildeten positiven Rechte die Deliberationsfristen sein müssen, keine Rücksicht nahmen. Aber mit der Zeit mußten sich nothwendig folgende Uebelstände herausstellen:

1. Als der ganze Staat nur noch aus der Stadt Rom und einem geringen sie umgebenden Landgebiete bestand, war es bei einem jeden einzelnen Beerbungsfalle leicht zu wissen, ob ein in einer späteren Klasse zur Erbschaft Gerufener durch eine frühere ausgeschlossen werde oder nicht. Also die Gentilen konnten es leicht erfahren, ob ein **scriptus heres**, ein **suus** oder ein Agnat ihnen voranstände, und wenn dies der Fall war, so war ihnen aller Anspruch auf die **hereditas** versagt, mogte der vor ihnen Berufene noch so lange mit der Antretung zögern, ja auch wenn dieser wieder durch Tod oder Repudiation hinweggefallen war, konnte, wie an seinem Orte gezeigt werden wird, ein Uebergang der Delation auf die folgende Klasse nicht statt finden.

Mit der Ausbreitung des Römischen Staats, und bei den vielfachen Kriegen müssen aber immer häufiger Fälle vorgekommen sein, daß ein in einer früheren Klasse Gerufener als nicht

Digitized by Google

vorhanden angenommen ward, und eine spätere Klasse sich die Erbschaft aneignete, bis dann doch über lang oder kurz der besser Berechtigte auftrat und die Herausgabe der Erbschaft verlangte. Da es keine Deliberationsfristen gab, so konnte derselbe nie durch Zeitablauf von der Geltendmachung seines Rechts ausgeschlossen werden, und auch die Herausgabe der einzelnen Erbschaftssachen kann ihm selten verweigert worden sein [1]). Denn die Besitznahme derselben durch die in einer späteren Klasse Gerufenen galt gewiß in dieser ältesten Zeit nach den 12 Tafeln meistens als eine unrechtmäßige, da ihnen ein Recht auf die Erbschaft nur gegeben war im Falle des Nichtvorhandenseins der früheren Klasse, sie daher ein Recht auf **usucapio (pro suo)** [2]) nur hatten, wenn sie aus einem vollkommen entschuldbaren, von ihnen zu beweisenden Grunde sich für die Erben gehalten hatten. War also diese **usucapio** nicht vorhanden, so konnte die besessene Sache stets von ihnen vindicirt werden, und hatten sie dieselbe mit erweislicher **mala fides** in Besitz genommen, so war dann auch jede weitere Usucapion eines dritten **bonae fidei possessor** als bei einer **res furtiva** ausgeschlossen [3]), ein Satz, der anfänglich vielleicht auch auf **fundi** ausgedehnt wurde, da Gaius sagt, es sei erst in späterer Zeit herrschende Ansicht geworden, daß an Grundstücken kein **furtum** möglich sei [4]).

Wir sehen also, wie wegen des Mangels an Deliberationsfristen, sobald der früher Berufene die Antretung hinzögerte, den spätern Klassen ein Gelangen zur Erbschaft unmöglich war, wie überhaupt eine spätere Klasse selten in vollkommener Sicherheit sein konnte, ob ihr nicht die in Besitz genommenen Erbschaftssachen wieder würden abgefordert werden.

---

1) Es wird sogleich gezeigt werden, daß für diese ältere Zeit noch von keiner hereditatis petitio die Rede sein kann.

2) Der titulus pro herede kann erst mit der hereditatis petitio und der pro herede usucapio entstanden sein.

3) Gai. II. 49.

4) Gai. II 51. – cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri.

Digitized by Google

2. Aber noch ein anderer Uebelstand ist nicht zu übersehen. Ein Erbfall ist nicht bloß für diejenigen von Interesse, welche selbst als Erben einen etwaigen Anspruch auf das Vermögen erheben können, sondern Allen, mit denen der Erblasser Rechtsgeschäfte abgeschlossen hatte, also namentlich Erbschaftsgläubigern, muß es von der größten Wichtigkeit sein, sicher und bald zu wissen, wer der **heres** sei, wer also die Persönlichkeit des Verstorbenen fortsetze, und somit auch in dessen Schulden eingetreten sei. Auch dem Staat selbst kann es vielfältig von Bedeutung sein, diesen **heres** zu kennen, und dafür finden wir grade im älteren Römischen Rechte einen sehr wichtigen Beleg. Die ganze Staatsorganisation hing genau mit einer Reihe von gottesdienstlichen Gebräuchen zusammen, die denn auch in das Privatrecht häufig modificirend eingriffen, und deren Beobachtung als für das Staatswohl von der größten Bedeutung von den Pontifen genau überwacht wurde.

Hieher gehörten gewisse **sacra**, d. h. Opferfeierlichkeiten, welche nach dem Tode einer Person von dessen Erben zu prästiren waren, und auf die man, wie Gaius ausdrücklich bemerkt, in den ältesten Zeiten ein außerordentliches Gewicht legte [5]).

Es kann nur kurz hier berührt werden, welches der Grund dieser **sacra** gewesen sein möge, da diese Frage wieder für sich selbst eine viel zu weitgreifende ist, als daß sie in dieser Abhandlung ihren vollen Platz finden könnte. Festus (v. **publica sacra**) macht überhaupt folgende Klassen der **sacra**:

> **Publica sacra, quae publico sumtu pro populo fiunt, quaeque pro montibus, pagis, curiis, sacellis. At privata, quae pro singulis hominibus, familiis, gentibus fiunt.**

Es lehrt der erste Blick, daß die **sacra**, von denen wir hier reden, nämlich die für einen Verstorbenen prästirten, nur zu den **privata** gezählt werden können, also unter einen von

---

5) Gai. II. 55. — ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit.

Digitized by Google

den drei Fällen, welche Festus aufzählt, gehören, indem kein Grund vorhanden ist, anzunehmen, daß Festus, der offenbar nicht bloß Beispiele aufzählen will, gerade unseren Fall der **sacra** ausgelassen habe.

Unter den gentilitia sacra aber können wir denselben unmöglich stellen. Daran nahmen alle Gentilen Theil, aber Niemand, der außerhalb der **gens** stand; es müssen mithin andere **sacra** gewesen sein, als die von dem Erben zu prästirenden, da der Erbe ja ein zur **gens** nicht Gehöriger sein konnte. — Was die sacra pro familiis gewesen seien, ist schwierig zu ermitteln; sie werden bei Festus doch offenbar noch verschieden von den **gentilitia** angenommen. Man könnte sie also auf die Agnatenfamilie beziehen, da ja dies die gewöhnlichste Bedeutung von **familia** ist. Jedenfalls aber gehören dann wieder die vom **heres** zu leistenden **sacra** nicht darunter, da der **heres** auch nicht aus der Agnatenfamilie zu sein braucht. — Indessen ist von diesen innerhalb des Agnatenkreises gefeierten **sacra** nirgends sonst in unsern Quellen die Rede, mithin hat es großes Bedenken, sie aus der angeführten Stelle des Festus, die erst erklärt werden soll, beweisen zu wollen. Und so nimmt denn auch Savigny [6]) hier ein Versehen des Festus an, welcher sich sowohl durch die **sacra pro singulis hominibus**, als durch die **gentilitia** habe irre leiten lassen. Jene könnten das Ansehen haben, als seien es **sacra familiarum**, weil doch meistens die Verwandten auch Erben seien. Diese, die **gentilitia sacra**, aber hätten leicht auch **s. familiarum** genannt werden können, weil sich überhaupt mit dem Umsturz der Republik der streng unterscheidende Sprachgebrauch von **gens** und **familia** verwischte, und man häufig bekannte alte **gentes** mit dem Worte **familia** bezeichnete, so daß die spätere ungenauere Redeweise sehr leicht **sacra familiarum** statt der **sacra gentilitia** sagen konnte [7]), was denn Festus falsch verstanden, und für zwei verschiedene Dinge angesehen habe.

---

6) Ueber die **sacra privata** der Römer, in seiner Zeitschrift II. S. 383 ff.

7) Savigny führt Stellen des älteren Plinius und des Macrobius an, worin von den **sacra Serviliae familiae, sacra familiae Claudiae, Aemiliae, Juliae, Corneliae** die Rede ist.

Diese Ansicht, die sehr Vieles für sich hat, wird keineswegs durch einen neueren Schriftsteller [8]) widerlegt, welcher familia für das vererbte Vermögen (also = hereditas) nimmt [9]), und danach unter den sacra pro familiis gerade die vom heres zu prästirenden, welche „für das Wohl des einzelnen Vermögens bestehen, eben daher an dasselbe geknüpft und mit ihm fortlebend." Es ist dies schwer zu verstehen, indem sie aus Gelübden des Erblassers hervorgegangen sein sollen, [also doch auch schon von diesem prästirt wurden, und bei dessen Lebzeiten offenbar sacra pro singul. hom. waren], welche dann plötzlich durch dessen Tod sich in sacra pro familiis umgestaltet hätten. Sie haben also doch ihren Grund im Gelübde eines Einzelnen, und nichts destoweniger sollen sie „nicht von dem Leben des Einzelnen, oder einem einmaligen Verhältniß (?) desselben abhängen!" — Wenn man dagegen annimmt, die Ausführung dieser Gelübde solle erst nach dem Tode des Gelobenden beginnen, wie kann hiermit das Princip: sacra perpetua sunto d. h. gerade deren Uebergang auf Andere nach dem Tode des Votanten vereinigt werden? [10]) — Wie soll sich überhaupt der Name sacra pro familiis rechtfertigen, da Woeniger sie für solche nimmt, welche aus dem Vermögen, ex familia, entrichtet werden, aber doch für das Heil des Votanten, (z. B. zum Danke pro restituta valetudine) constituirt worden sind? Daß die Römer „für das Wohl eines Vermögenscomplexes" sacra errichtet hätten, scheint mir ihrer unwürdig, denn die sacra bedeuten Opfer, wodurch der Schutz der Götter für Personen und ihre Handlungen erfleht wird, nicht kann ein Erblasser sacra votiren, damit die Götter nach seinem Tode sein Vermögen vor Verschleuderung bewahren mögten.

---

8) Woeniger, das Sacralsystem der Römer (1843.) S. 203.

9) In diesem Sinne kommt das Wort allerdings namentlich in den 12 Tafeln vor: „agnatus proximus familiam habeto," „gentiles familiam habento." Lex Dei XVI. 4.

10) Cic. de leg. II. 21. — De sacris autem — haec sit una sententia, ut conserventur semper, deinceps familiis prodantur, et, ut in lege posui, perpetua sint sacra.

Digitized by Google

So kann man denn nicht annehmen, daß „die familiae, als vermögensrechtliche Totalitäten gedacht, bestimmte sacra hatten," und man wird entweder zu der Savigny'schen Ansicht zurückkehren müssen, oder vielleicht folgenden Erklärungsversuch billigen, bei dem wir nicht nöthig haben, den Festus eines Irrthums zu zeihen.

Es ist bekannt, daß sich die **gentilitia sacra** nur auf Patrizierfamilien beziehen. Dagegen hatten sich sehr angesehene Plebejerfamilien erhoben, z. B. die Aelier, Mamilier, Marceller, denen gewiß bedeutende Familienerinnerungen nicht gefehlt haben werden, welche sie ebenso feierten, wie die Patrizier die ihrigen durch die **gentilitia sacra** [11]). Kommen doch sogar **municipalia sacra** vor (**Festus v. municipalia**), wie können wir sie für die großen Römischen Plebejerfamilien bezweifeln? Wie aber konnte man dieselben, so lange noch ein strenger Sprachgebrauch die **gentilitia sacra** auf Patrizierfamilien bezog, anders bezeichnen, als **sacra pro familiis**? — und warum sollen wir nicht annehmen, daß Festus, wohl von der Sache unterrichtet, es nicht unterlassen wollte, bei den **sacra privata** die der Plebejer von denen der Patrizierfamilien ebenso zu trennen, wie er dies bei den **sacra publica** thut [12]), — oder besser, daß Festus nur richtig abgeschrieben habe, was sein Autor wohlweislich so geschrieben hatte? —

Jedenfalls aber muß uns zugegeben werden, daß die vom Erben zu prästirenden **sacra**, um derentwillen wir auf diese ganze Untersuchung geführt sind, weder zu den **sacra pro familiis** noch **pro gentibus** zu zählen sind, daß sie also unter die **sacra pro singulis hominibus** gehören.

Daß diese **sacra** mit den Gelübden eng zusammenhängen, zeigt schon Cicero, welcher (**de leg. II. 19** u. ff.) die berühmte, unten noch genauer zu erörternde Stelle über die Vertheilung der **sacra** gleich mit der Zusammenstellung beider beginnt.

(jus), quod cum religione conjunctum est. id autem

---

11) S. Woeniger a. a. O. S. 190. und ff., vergl. mit S. 201.

12) Die **sacra pro montibus et pagis** (die plebejischen) stehen auch hier den patricischen (**pro curiis et sacellis**) voran.

Digitized by G

quantulum est? — de sacris credo, de votis, de feriis, de sepulcris.

Der Begriff der feriae gehört noch durchaus zu dem der sacra, indem gerade die Zeit dieser Feierlichkeiten feriae hießen [13]), so müssen also wohl nothwendig auch die vota, welche Cicero zwischen jene beiden Ausdrücke stellt, mit den sacra in Verbindung stehen; und dies zeigt denn auch eine andere Stelle von Cicero, sowie eine ausdrückliche, dem Aelius Gallus entlehnte Beschreibung derselben bei Festus [14]). — Wir sehen daraus namentlich, daß alle möglichen Sachen den Göttern darzubringen gelobt werden konnten, daß aber diese Sachen noch nicht durch das einseitige Gelübde zu res sacrae wurden, sondern daß deren Darbringung erst den Pontifen angezeigt, und von diesen acceptirt werden mußte, mit Festsetzung von Zeit und Ort der Darbringung. Diese wurde dann als ein Opfer angesehen, obgleich sie kein wahres Opfer war (tanquam sacrificium), weil die gelobten Sachen nicht vernichtet, sondern im Tempel aufgehängt wurden, oder (wie z. B. aedes, ara, locus oder pecunia) in das Tempelvermögen gelangten. Mit wirklichen Opfern scheint diese Darbringung nicht verbunden gewesen zu sein, da Festus erwähnt, daß der Ort, wo der Act vorgenommen wurde, dadurch nicht sacer werde, sie konnten also offenbar an einem nicht geheiligten Ort vorgenommen werden, während dies doch bei wahren Opfern nicht möglich war [15]).

---

13) Festus v. priv. feriae. — „Privatae feriae vocantur sacrorum propriorum ....“

14) Cic. pr. dom. 51 — Festus v. sacer mons: „quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum (vorher ist von den consecrirten Sachen: sive aedes, sive ara, sive signum — sive pecunia die Rede) Deo dedicent, id Pontifices Romanos non existimare sacrum; at si qua sacra privata succepta sunt, quae ex instituto Pontificum statio die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium.“

15) Festus l. c. — „ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse.“ Bekanntlich finden sich bei den Ausgrabungen von Tempeln in Italien noch viele dergleichen Weihgeschenke, na-

Digitized by Google

Wenn wir nun auch zugeben, daß dergleichen vota, wenn sie vom Erblasser noch nicht erfüllt worden, vom Erben zu präſtiren waren, ſo muß doch zugleich anerkannt werden, daß ſie unmöglich den einzigen Inhalt dieſer auf der hereditas laſtenden sacra gebildet haben können [16]). Solche vota können doch verhältnißmäßig nur ſelten vorgekommen ſein, während die sacra bei jeder hereditas die Regel geweſen zu ſein ſcheinen, ſo daß ſich für eine beſonders glückliche Ausnahme der Ausdruck »sine sacris hereditas« bildete. Auch ſcheint man doch bei dieſen sacris wahre Opferfeierlichkeiten und überhaupt viel Gepränge vorausſetzen zu müſſen, da ſie eine ſo große Laſt für die hereditas bildeten, was Alles auf die Gelobung gewiſſer Sachen nicht paßt. Endlich aber ſpricht Cicero (ſ. Not. 10.) von der Conſervation und Fortpflanzung dieſer dem Erben obliegenden sacra durch mehre Familien hindurch, was von jenen votis ſchwer zu verſtehen iſt.

Auf die richtige Spur, was man für den Hauptinhalt dieſer sacra zu halten habe, führt uns ſchon die obige Stelle Cicero's, worin er die sacra mit den votis und feriis erwähnt, und daran gleich die sepulcra knüpft. Wenn wir darthun können, daß auch dieſe noch im Zuſammenhange mit den sacra ſtehen, daß, was an ſich ſo natürlich ſcheint, die anzuſtellenden Todtenfeierlichkeiten die Hauptlaſt der hereditas waren, ſo ſcheint damit die Wichtigkeit, welche die Römer bei den Erbfällen auf die sacra legten, durchaus gerechtfertigt. Und dieſer Beweis kann uns nicht ſchwer fallen.

Feſtus (v. privatae feriae) zählt zu den sacra propria (oder pro singulis hominibus) die dies natales, operationis, und denicales. Die beiden erſteren können für uns nicht in Betracht kommen, es ſind sacra, die Jemand für ſich ſelbſt, nicht in Bezug auf einen anderen Erblaſſer feiert [17]).

---

mentlich wegen Geneſung von Krankheiten. S. z. B. Neue Jenaer Liter. Zeit. 1843. № 19.

16) Letzteres iſt die Anſicht von Savigny, dem auch Woeniger folgt.

17) Unter die dies operationis gehören indeß auch die eben beſprochenen vota, wenn der Erblaſſer wegen des Gelingens eines Unternehmens ſeinen Erben etwas aufgelegt hat.

Digitized by Google

Wohl aber gehören die denicales hieher, von denen Cicero (de legg. II. 22) sagt:

quae a nece appellatae sunt, qua resident mortui.

Es sind also die Todtenfeierlichkeiten, mit verschiedenen Arten von Opfern [18]), bei denen man großen Aufwand zu machen pflegte, wie man daraus sieht, daß schon die 12 Tafeln denselben zu beschränken strebten [19]). — Es kann wohl kein Bedenken haben, daß diejenigen die Todtenfeierlichkeiten besorgen mußten, denen die sepulcra entweder bereits zusammen mit dem Verstorbenen angehörten, oder denen sie durch dessen Ableben zufielen. Nun unterscheiden die Römer zwei Arten der sepulcra:

fr. 5 de religios. — Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque constituit; hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit.

Unter den Familienbegräbnissen wird man vor dem Ende der Republik nach strengerem Sprachgebrauch noch die gentilitia und familiaria unterschieden haben [20]), so daß sich die gentilitia sepulcra nur auf Patrizierfamilien bezogen. Für die familiaria aber wie für die hereditaria stellt Ulpian (fr. 6. pr. de religios.) die Regel auf, daß die Erben, weil sie durch die Erbeseinsetzung in die Persönlichkeit des Erblassers eintraten und so gleichsam in die familia aufgenommen wurden, in jedem Falle daran Antheil gehabt hätten [21]), und so steht denn

18) So beschreibt sie auch Liv. I. 20.: — omnia publica privataque sacra pontificis scitis subjecit.... nec coelestes modo caeremonias, sed justa quoque funebria placandosque Manes ut idem pontifex edoceret.

19) Cic. de legg. II. 22 u. 23. — vergl. Woeniger a. a. O. S. 217 ff.

20) Von ersteren spricht Cicero de legg. II. 22. „Jam tanta religio est sepulcrorum, ut extra sacra et gentem inferre fas negent esse; idque apud majores nostros A. Torquatus in gente Popilia judicavit."

21) Bei den gentilia sepulcra scheint man, wie dies sehr erklärlich ist, keinen heres, der nicht Gentile war, haben zulassen wollen. Aber da sich Cicero (s. d. vor. Note) dafür auf ein Urtheil der majores bezieht, so darf man wohl annehmen, daß man bereits zu seiner Zeit davon abgegangen war.

Digitized by Google

auch fest, daß sie stets allein oder mit Anderen die Opferfeierlichkeiten für die Verstorbenen zu besorgen hatten. Hiermit nun erklärt es sich von selbst, daß, wie die **sepulcra**, so auch die **sacra**, „conservirt und auf andere Familien übertragen wurden (s. Not. 10), d. h. daß sie **perpetua** waren.

Diese Erörterung über die **sacra** war nothwendig, um vor Allem eine klare Vorstellung von denselben zum Grunde zu legen, was für die folgende Darstellung von großer Wichtigkeit ist. Es leuchtet danach ein, daß im älteren Römischen Rechte die Prästation dieser **sacra** ein von den Pontifen überwachtes Staatsinteresse war, und Letztere, wie Gaius ausdrücklich bemerkt (s. Note 5) sehr gewissenhaft darauf halten mußten, daß mit der Darbringung der **sacra** nicht gezögert werde.

Mithin rechtfertigt sich unser Schluß, daß die Pontifen, ebenso wie es oben für die Erbschaftsgläubiger angegeben wurde, ein Interesse hatten, sicher und bald zu wissen, wer der **heres** des Verstorbenen sein werde.

§. 3. Die dargestellten Uebelstände, welche aus dem Mangel von Deliberationsfristen hervorgingen, mußten sehr bald so fühlbar werden, daß man auf Abstellung derselben Bedacht nahm. Es finden sich nun im älteren Römischen Rechte zwei Institute, welche durchaus geeignet waren, dem Mangel der Deliberationsfristen abzuhelfen, und die auch gerade in unseren Quellen unter diesem Gesichtspunkte aufgefaßt werden, das sind die **cretio** und die **pro herede usucapio**, welche beide jetzt genauer erörtert werden müssen:

1. Es mußte einem jeden sorgsamen Erblasser selbst von Wichtigkeit sein, daß sein Erbe bald nach seinem Tode die Erbschaft antreten mögte, um die Creditoren zu befriedigen und die **sacra** zu prästiren, welche letzteren zu damaliger Zeit etwa an der Stelle der heutigen Seelenmessen standen. Man mußte also darauf kommen, so weit über den Tod hinaus Anordnungen möglich waren, d. i. durch Testament, diesen Punkt zu reguliren, und so erklärt sich leicht das aus der bloßen Gewohnheit der Testirenden hervorgegangene Rechtsinstitut der

Digitized by Google

cretio, wonach der Testator dem ernannten Erben aufgab, binnen einer bestimmten Zeit die Antretung vorzunehmen, widrigenfalls er seines Rechtes verlustig sein solle; m. a. W. es wurde, wie die Römischen Juristen ausdrücklich diesen Satz nennen, eine Deliberationsfrist eingeführt.

Ulpian. XXII. 27. — Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum, utrum expediat ei adire hereditatem, nec ne.

Gaius II. 164. — Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel si non adeant, temporis fine summoveantur.

Zwei Punkte können bei dieser cretio, wie ich glaube, als gewiß hingestellt werden. Erstlich, daß dies ganze Institut aus der Gewohnheit der Testirenden hervorgegangen, nicht durch ein besonderes Gesetz, etwa die 12 Tafeln, eingeführt worden ist. Nicht allein ist hievon in unseren Quellen keine Spur, sondern es finden sich überhaupt bei der cretio mancherlei nicht ganz genau normirte Sätze, was immer das unzweideutigste Kennzeichen eines gewohnheitsrechtlichen Institutes ist. So ist namentlich die Zeit der cretio nicht fest bestimmt, obgleich freilich die Frist von 100 Tagen allgemein im Gebrauch war [1]).

Zweitens kann es wohl nicht bezweifelt werden, daß die cretio ein altes Institut ist, welches, wenn es auch in den 12 Tafeln noch nicht vorkommt, doch unter die früheren, nach diesen sich bildenden Rechtssätze gezählt werden muß. Schon alle die Formeln, welche dabei regelmäßig in Uebung waren, zeigen diesen älteren Charakter an, ferner ist ja die ganze Substitutionslehre ohne das Vorhandensein der cretio nicht denkbar [2]), und ihr darf doch gewiß kein späterer Ursprung beigelegt werden. Endlich aber zeugen ausdrückliche

1) Gai. II. 170. — Omnis autem cretio certo tempore constringitur; in quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum; potest tamen nihilominus jure civili aut longius aut brevius tempus dari.

2) Gai. II. 174.

Digitized by Google

Worte des Gaius für das alte Herkommen der cretio [3]), indem man, wie er bemerkt, schon lange von den strengen früheren Regeln abgegangen sei, welche zu den freieren Grundsätzen des späteren Rechtes nicht mehr paßten.

Die weitere Entwicklung und das Verschwinden dieses Institutes muß unten noch schärfer in's Auge gefaßt werden, indem sich hiebei, wie schon Hugo bemerkt hat [4]), Räthsel finden, welche wir vielleicht zu lösen im Stande sind.

§. 4. Der Kreis, in dem sich die cretio bewegte, war indessen nur ein sehr beschränkter, so daß damit dem Mangel einer Deliberationsfrist doch nur theilweise abgeholfen war. Die cretio bezog sich ja nur auf testamentarische Successionen, also für die Intestatklassen war (abgesehen von den sui, bei denen aus einem anderen Grunde Deliberationsfristen nicht nöthig waren, — s. §. 1.) an dem alten Zustande nichts verändert worden, und so allgemein mag, namentlich in der ersten Zeit nach ihrem Aufkommen, die Sitte der cretio noch gar nicht gewesen sein, daß darin für alle testamentarische Successionen eine Abhülfe gelegen hätte.

2. So läßt sich erklären, daß wir noch ein zweites Rechtsinstitut finden, welches nach dem ausdrücklichen Zeugnisse unserer Quellen dazu eingeführt wurde, um den heres durch eine, auf alle Fälle sich beziehende Deliberationsfrist zur Antretung der Erbschaft zu zwingen. Das ist die **pro herede usucapio** [1]).

Gaius sagt von ihr II. 55:

---

3) Gai. II. 178. — Sed dudum quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittere substitutum. olim vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere, et amplius ad cretionem reverti non posse.

4) R. G. S. 567. zur Note 5.

1) Wenn man den Ursprung der cretio später setzen wollte, als die pro herede usucapio, so würde man auf eine Erklärung, wie nach dem allgemeinen Rechtssatz noch wieder ein gleichartiger auf einen besondern Fall bezüglicher, hätte entstehen können, wohl verzichten müssen.

Digitized by Google

Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres, maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

So finden wir also in einer vollkommen schlagenden Stelle die bisher vermuthungsweise ausgesprochenen Gründe, weßhalb der Mangel einer Deliberationsfrist sehr drückend werden mußte, bestätigt, wir haben zugleich das feste Grundprincip erlangt, aus dem das ganze, für die weitere Entwicklung des Römischen Erbrechts so hochwichtige Institut der pro herede usucapio erklärt werden muß.

Dieselbe kann erst nach den 12 Tafeln eingeführt worden sein, da einestheils Gaius hier von den veteres spricht, während wenn schon in den 12 Tafeln selbst von ihr die Rede gewesen wäre, er gewiß nicht allgemein die Alten, sondern ausdrücklich die 12 Tafeln genannt haben würde, — und da anderntheils die für diese usucapio angenommene Zeitfrist offenbar auf einer Interpretation der 12 Tafeln, als eines bereits geltenden Gesetzes, beruht. Weil nämlich durch die 12 Tafeln eine Usucapion für den fundus in zwei Jahren, für die ceterae res in einem Jahre festgestellt war, so rechnete man, durch Auffassung der hereditas als eines untrennbaren Ganzen, dieselbe unter die ceterae res, welche also auch mit Inbegriff der in der hereditas enthaltenen fundi in einem Jahre usucapirt werden könnte.

Gai. II. 53. 54. — Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur anno usucapiantur. — Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII. tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno.

Das ganze Institut also beruhte auf einer Interpretation der 12 Tafeln, und zugleich sehen wir aus der Steifheit und Gezwungenheit dieser Interpretation, daß sie nur in den frü-

ed by Google

heren Zeiten, wo die Rechtskunde sich noch so sklavisch an Worte band, aufgestellt sein kann. —

Es bedarf indessen noch einer genaueren Entwicklung des der **pro herede usucapio** zum Grunde liegenden Princips.

Es war Grundsatz des ältesten Römischen Rechts, daß der Erbe in die Persönlichkeit des Erblassers eintrete. Denn nur daraus läßt es sich erklären, daß man ihn von Anfang an als Inhaber der Forderungen, welche doch auf andere Personen nicht übergehen können [2]), ansah, und daß man ihn auch in die Schulden, so wie in die Pflicht zur Prästation der **sacra** eintreten ließ. Also diese Pflichten waren nicht eigentlich an das Erlangen des Erbschaftsvermögens, sondern an ein Ideelles, an das **succedere in universum jus** geknüpft, indem man gerade das Erbesein (die **hereditas** in diesem besonderen Sinne) als die Quelle für das Uebergehen der **activa** und **passiva** ansah. Dies Erbesein aber war nach den 12 Tafeln dem, welchem es deferirt worden, auch ehr es acquirirt wurde, gar nicht zu rauben (s. §. 2. im Anfange), Niemand konnte nach Ablauf einer gewissen Zeit in den Platz des zuerst Berufenen, der mit der Antretung säumte, succediren.

Das war es eben, was man jetzt ändern wollte. Man wollte einen gewissen Zeitraum festsetzen, innerhalb dessen der berufene heres antreten müßte, und nach dessen Ablauf ein Anderer in dessen Stelle einträte. Es war gar nicht die Absicht, bestimmten Personen, welche etwa von den 12 Tafeln nicht gehörig berücksichtigt wären, die Erbschaftssachen zuzuwenden, um ihnen einen besonderen Vortheil zukommen zu lassen, es lag augenblicklich nur daran, sicher und bald Jemanden zu haben, der für die aus dem Erbesein folgenden Pflichten einstände. So leuchtete es ein, daß man nicht auf die einzelnen Bestandtheile des hinterlassenen Vermögens (also etwa mit einer Unterscheidung des Grundvermögens, **fundi**, von den übrigen Sachen) Rücksicht nehmen durfte, sondern daß man gerade das Ideelle des heres-Sein zur Grundlage des einzuführenden Rechtssatzes machen mußte.

Diese **hereditas**, in der Bedeutung einer **successio in**

2) S. Mühlenbruchs Cession §. 3.

Digitized by Google

universum jus, quod defunctus habuit [3]), — müsse, so argumentirten offenbar die alten Rechtskundigen, als eine unkörperliche Sache aufgefaßt werden; und indem man nun den Charakter einer Sache urgirte, so war leicht, mittelst einer Anknüpfung an das bereits bestehende Recht, dem Mangel einer Deliberationsfrist abgeholfen. Alle Sachen nämlich, so meinte man, seien, wo nicht besondere Ausnahmen vorlägen, der Usucapion unterworfen, denn unter dem **fundus** und den **ceterae res** sei doch gewiß Alles begriffen. Wenn man nun auch das Erbesein unter diese usucapirbaren **ceterae res** rechnete, so ergab sich eine Deliberationsfrist von selbst. Denn der **usucapio** muß stets ein Zeitraum des Besitzes vorausgehen, also in dieser Zeit kann der wahrhaft berufene **heres** über Annahme und Ausschlagung bei sich zu Rathe gehen, mit Ablauf desselben aber war ihm das Recht, die **hereditas** zu erwerben, verloren, und es war der bisherige Besitzer der ideellen **hereditas** in seine Stelle succedirt.

Niemand wird dieser Argumentation Einfachheit absprechen [4]) und es wunderbar finden, daß sie in dem einfachen Römischen Rechtszustande allgemeinen Eingang fand, daß sie ein Rechtssatz wurde. Zugleich mit dem Grundprincip mußte man denn auch folgende Consequenzen anerkennen:

a) Was die Größe der Deliberationsfrist betrifft, so folgte dieselbe aus den in den 12 Tafeln für die **usucapio** eingeführten Zeiträumen. Da die **hereditas** nur den **ceterae res** beigezählt werden konnte, so mußte ihre Usucapion durch einjährigen Besitz vollendet werden, und man konnte aus den schon angegebenen Gründen nicht darauf Rücksicht nehmen, ob

---

3) Es ist heutzutage wohl von Niemand mehr bezweifelt, daß die Römer diese ideelle oder, wie man auch sagt: subjective Bedeutung des Wortes hereditas, sehr wohl von der reellen oder objectiven, wo denn die Masse des Vermögens gemeint ist, von Anfange an sehr genau getrennt haben. S. Arndts Beiträge zu versch. Lehren des Civilr. u. Proc. I. S. 16 ff. vgl. auch fr. 62. de R. J. fr. 24. de V. S.

4) Ob sie auch eine natürliche, und juristisch zu rechtfertigende war, ist eine andere Frage.

Digitized by Google

auch fundi in der Erbschaft seien [5]). War es ja doch der Grund der ganzen Rechtsänderung, daß man bald einen heres haben wollte, und so wird man, sobald es nur irgend zu rechtfertigen war, sich nicht haben bedenken können, unter den beiden Zeiträumen von einem und von zwei Jahren den ersteren zu wählen.

b) Schwieriger war die Frage, wie man den Gegenstand der possessio auffassen solle, damit diese die Grundlage der usucapio sein könnte. Es ist bereits bemerkt, daß man gar nicht darauf ausging, gerade gewissen Personen das Erbschaftsvermögen zuzuwenden, denn daraus würde nur eine possessio und usucapio der einzelnen Erbschaftssachen hervorgegangen sein. Man wollte eine Usucapion der ideellen hereditas, wovon man die reelle, das Vermögen, sehr wohl zu unterscheiden wußte. — Es erhebt sich dabei aber das Bedenken, daß doch nur das, was besessen wird, auch usucapirt werden kann, und es fragt sich, da das Recht des Erbeseins ersessen werden soll, wie dasselbe überhaupt zu besitzen sei? Da es eine unkörperliche Sache ist, so war es nach damaligen Begriffen durchaus unmöglich, an ihr selbst einen Besitz anzunehmen, man wurde also doch darauf zurückgeführt, den Besitz der Erbschaftssachen, also der reellen hereditas, als die Grundlage der usucapio pro herede anerkennen zu müssen, und man konnte sich nicht anders helfen, als daß man in diesem Besitz des Vermögens implicite zugleich den Besitz der

---

5) Gaius fährt nach den zuletzt abgedruckten Worten (S. 20) so fort: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Man könnte hier das Bedenken haben, daß doch die Frist von einem Jahre sich auf den Besitz der Sachen beziehe, dies aber noch von der Deliberationsfrist verschieden sei, welche daraus für den heres entstand, indem ja die Besitzergreifung erst später erfolgt sein konnte. An und für sich ist dies richtig, aber man muß bedenken, daß von Versiegelung des Nachlasses oder dergl. bei den Römern nicht die Rede war, daß also doch irgend Jemand gewiß gleich beim Tode des Erblassers den Besitz des Vermögens ergriff. Mithin wird in den meisten Fällen die Delation der Erbschaft (vom mortis tempus an) und der Anfang der Usucapion ganz in denselben Zeitpunkt zusammengefallen sein.

Digitized by Google

ideellen hereditas fingirte, so daß nach Ablauf eines Jahres die letztere, und damit denn auch die einzelnen Sachen, welche ohne eine solche Fiction vielleicht eines zweijährigen Besitzes bedurft hätten, erworben sein sollten.

Daß in der That in dieser Weise die pro herede usucapio aufgefaßt wurde, geht mit Bestimmtheit aus den bereits citirten Worten des Gaius hervor, aber dabei besteht noch ein Zweifel, dessen Lösung nicht so direct aus den Worten dieses Schriftstellers herauszulesen ist. Indem man nämlich an den Besitz der reellen hereditas auch den fingirten Besitz der ideellen knüpfte, fragt sich, ob man, damit diese Fiction Statt finde, den Besitz des gesammten körperlichen Erbschaftsvermögens, oder nur den einzelner Erbschaftssachen erfordert habe. Daß nun das Letztere die richtige Ansicht sei, läßt sich, theils aus einer Combination der verschiedenen Aeußerungen des Gaius, theils aus dem Principe, dem die pro her. us. ihren Ursprung verdankte, vollkommen genügend, wie ich glaube, beweisen.

Die pro herede usucapio gewann, (um gleich hier im Voraus zu erwähnen, was später noch genauer erörtert werden muß) mit der Zeit eine andere Gestalt, indem man von der Annahme abging, daß die ideelle hereditas selbst usucapirt werden könne, so daß also bloß die Usucapion des Erbschaftsvermögens übrig blieb. Offenbar muß man aus dieser späteren Gestalt die frühere, soweit es für die hier aufgeworfene Frage wichtig ist, wiedererkennen können. Denn wenn sie früher nur zulässig war, sobald Jemand das ganze körperliche Vermögen in Besitz genommen hatte, so mußte dies auch in der späteren Zeit noch immer die Bedingung sein, um das Eigenthum dieser Sachen in einem Jahre erlangen zu können, da wir keine Spur haben, daß man das Institut noch über seine anfänglichen Gränzen erweitert hätte, was auch durchaus nicht wahrscheinlich ist, da man dem Rechtssatze, nachdem er den Zweck nicht mehr erfüllte, um dessentwillen er eingeführt war, unmöglich noch hold bleiben konnte [6]).

---

6) — „tam improba possessio et usucapio." Gai. II. 55.

Digitized by Google

Nun aber finden wir umgekehrt, daß in der späteren Gestalt, wie sie Gaius vorträgt, die pro herede usucapio sich auch auf einzelne Erbschaftssachen bezog [7]), mithin rechtfertigt sich der Schluß, daß auch von Anfang an der einjährige Besitz einzelner Erbschaftssachen zur Usucapion des Erbrechtes genügt habe.

Und das stimmt denn auch mit dem Zwecke, den das Institut hatte, vollkommen überein. Man wollte sicher und bald einen heres haben. Wie schwer und selten aber würde Jemand dem Erforderniß genügt haben können, sich in den Besitz der ganzen Erbschaft zu setzen, wie leicht würde dies zu Gewaltthätigkeiten unter verschiedenen Besitzergreifenden geführt haben. Allerdings würde man mit jenem Erforderniß die Annehmlichkeit erreicht haben, daß es nur immer Einer gewesen wäre, der den Creditoren und Pontifen gegenüber stand, aber da man dann überhaupt selten diesen Einen erlangt haben würde, so zog man unter zwei Uebeln das geringere vor und gab zu, daß es auch ihrer Mehre sein konnten, welche zusammen durch den Besitz verschiedener Theile der Erbschaft zum Rechte des Erbeseins gelangten.

c) Dies führt uns zu der dritten Frage, nämlich über die Personen, von denen eine usucapio pro herede ausgeübt werden konnte.

Man sah, wie bereits hervorgehoben ist, gar nicht auf bestimmte Personen, zu deren Gunsten eine neue Klasse der Erbberechtigung einzuführen wäre; sondern da überhaupt unter den civilrechtlichen Klassen keine successio Statt fand, so sollte jetzt eine allgemeine aufgestellt werden, worin Jeder, der da wollte, nach einiger Zeit an die Stelle des eigentlich Berufenen treten konnte. Man sah also das Erb-

7) Gai. II. 52. — Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, velut si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est quae recipit usucapionem, quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.

schaftsvermögen offenbar als ein herrenloses an [8]), das ein Jeder in Besitz nehmen und durch Usucapion zu seinem Eigenthum machen dürfe [9]), wobei aber auch das Erbrecht auf ihn übergehen sollte.

Gerade daraus, daß ein Jeder zur Besitzergreifung der Erbschaft gerufen wurde, sieht man, daß die **pro herede usucapio** nur auf dem Principe der Occupation errichtet werden konnte, und nur dadurch, daß man die Erbschaft für herrenlos erklärte, konnte man den **justus titulus** rechtfertigen, der zu einer jeden Usucapion erforderlich ist. Die Zeit des Besitzes, welche der endlichen Usucapion voraufging, schien genügend lang, damit der wahrhaft berufene **heres** durch seine Antretung die **hereditas** aus einer herrenlosen zu seiner eigenen machen und seine Rechte gegen die fremden Usucapienten verfolgen könne [10]), war aber diese Zeit verflossen, so war auch sein Anspruch gegen diese Letzteren vernichtet, sie waren jetzt selbst **heredes** geworden. —

Indessen bleibt hiebei noch immer zweifelhaft, wie das Verhältniß solcher mehrerer Personen gewesen sein möge, welche alle durch den Besitz einzelner Erbschaftstheile das Erbrecht usucapirt hatten. Die Quellen verlassen uns hier ganz, aber eine Fortentwicklung aus dem bereits Gesagten wird doch vielleicht das Richtige treffen lassen.

Es war, um das Erbrecht zu ersitzen, nicht nöthig, daß man die ganze Erbschaft in Besitz genommen habe, aber

---

8) **Gaius epit. II. 1. §. 1. in fin. — Sed et res hereditariae, antequam aliquis heres existat..... in nullius bonis esse videntur.** — Es kann hier die Ansicht nicht erörtert werden, daß die Theorie von der Persönlichkeit der hereditas jacens erst nach der Aufhebung der pro herede usucapio durch Hadrian aufgekommen sei.

9) Es muß weiter unten noch besonders dargethan werden, daß, indem man die hereditas für herrenlos erkannte, sie dadurch doch nicht gleich mit der Occupation ins Eigenthum gebracht werden konnte, sondern erst noch der Usucapion bedurfte; und wenn dies nicht richtig wäre, so wüßte ich nicht, wie man für das Institut der pro herede usucapio eine genügende Erklärung aufzustellen vermögte.

10) Die Darstellung dieser Rechte des wahren heres gegen den pro herede Usucapirenden wird den Inhalt der folgenden §§ ausmachen.

Digitized by Google

umgekehrt ist die Frage, ob dies ersessene Erbrecht ein ausschließliches oder noch andere Erben zulassendes gewesen sei? Wenn Jemand in der That den Besitz der gesammten Erbschaft erlangt hatte, so wird nicht geläugnet werden können, daß hier auch das Erbrecht ein ausschließliches gewesen, daß er allein den Pontifen und Creditoren gegenüber gestanden habe. Aber das Vermögen konnte ja sehr zerstreut worden sein, Jener hatte einen größeren, dieser einen geringeren Theil desselben, Andere endlich vielleicht nur einzelne Sachen sich zugeeignet. Nach der allgemeinen Rechtsregel waren doch alle zum Erbrechte gelangt, und so würde es nicht allein ganz unjuristisch gewesen sein, sondern auch eine große Unbilligkeit involvirt haben, wenn man etwa annähme [11]), daß nur der den Pontifen und Creditoren habe haften müssen, welcher den *größeren* Theil des Vermögens erhalten habe. Denn wenn dieser allein Schulden und **sacra** bezahlen müßte, so gingen ja die übrigen Usucapienten frei aus, während sie doch auch, nach der Rechtsregel, als **heredes** dazu verhaftet waren. So bleibt also kein Ausweg als die Annahme, daß die einzelnen Besitzergreifenden in demselben Verhältniß an den **sacra** und der Schuldenzahlung Theil nehmen mußten, *wie sich der Werth der in Besitz genommenen Sachen zu einer Quote des ganzen Vermögens berechnen ließ.* Wer also z. B. Sachen im Werthe von $^1/_{10}$ der Erbschaft sich angeeignet hatte, mußte auch $^1/_{10}$ der Schulden und der Kosten für die **sacra** tragen [12]).

---

11) Dazu könnte leicht eine Stelle des Cicero (**de legg. II. 19**) verleiten, wo von dem die Rede ist, **qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo.** Die richtige Erklärung wird unten gegeben werden.

12) Wiederum sind wir hier im Unklaren, ob man das Vermögen nur als Inbegriff der körperlichen, also des Besitzes fähigen, Sachen aufgefaßt habe; wie also die Erbschaftsforderungen behandelt worden seien. Man könnte glauben, daß sie in demselben Verhältniß wie die Schulden unter die Usucaptoren repartirt worden seien. Aber jedenfalls werden wir bei der späteren Gestalt der **pro herede usucapio** (s. S. 24) finden, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner selbst als seine Schuld ersitzend angesehen wurde, woraus

Hiernach läßt sich auch die Concurrenz des wahren heres mit einem oder mehren Usucaptoren festsetzen. Hatte nämlich jener etwa die Hälfte der Erbschaft wirklich in Besitz genommen, und ein fremder die andere Hälfte ein Jahr lang besessen, so war dem eigentlich berufenen heres sein Erbrecht jedenfalls nur zur Hälfte entzogen, und beide mußten wie zwei nach den 12 Tafeln nebeneinander berufene Erben den Pontifen und Creditoren gerecht werden.

§. 5. Was sich allenfalls über das dem pro herede Ersitzenden verliehene Recht mit einiger Bestimmtheit sagen läßt, ist hiermit dargestellt worden. Es bleibt noch die Frage übrig, wie der wahre heres, dem jetzt eine Deliberationsfrist gestellt war, damit er zur früheren Antretung der Erbschaft gebracht werde, — wie er, sobald er nicht säumig war, sich vollkommen gegen die Eingriffe Dritter schützen konnte; denn da wir aus Gaius sehen, daß das ganze Institut nur um der nachlässigen heredes willen eingeführt sei, so müssen doch dem sorgsamen heres, der sich unter die gesetzte Frist bequemte, Mittel und Wege offen gestanden haben, völlig ohne Schaden davon zu kommen.

Vor Allem muß untersucht werden, ob sämmtliche, von den 12 Tafeln Gerufenen, dem Usucapirenden gegenüber, durchaus gleichgestellt waren. Die testamentarischen Erben waren, wenn sie nicht schon in die hundert Cretionstage eingeschlossen wurden, jedenfalls doch der in der pro her. us. liegenden Deliberationsfrist unterworfen, und dieselbe Beschränkung trat auch bei den ab intestato gerufenen Agnaten und Gentilen ein. — Aber der suus? Wenn man die obige Darstellung über sein unwillkührliches und gezwungenes Erbewerden mit dem Princip der pro herede usucapio vergleicht, welche eingeführt wurde, „ut maturius hereditates adirentur“ — so scheint es auf den ersten Blick unmöglich, daß die pro herede usucapio gegen den suus habe gerichtet werden können. Wer

---

eben so wie schon oben (obgleich hier nicht so sicher) ein Schluß auf die frühere Gestalt der pro her. us. gezogen werden kann. Danach hätte der Erbschaftsschuldner selbst pro rata den Pontifen und Creditoren haften müssen.

Digitized by Google

ganz ohne sein Zuthun die Erbschaft immer von selbst erwirbt, wie kann er noch gezwungen werden, rascher die Erbschaft anzutreten, wie kann er also Vermögensnachtheilen unterworfen werden, zu denen die Veranlassung fehlt?

Indessen müssen sich dem genauer Betrachtenden noch folgende Bedenken aufdrängen. Durch die **pro herede usucapio** soll allerdings der **heres** zur Antretung der Erbschaft bewogen werden, aber nicht bloß zu der formellen, wie etwa dem Aussprechen der solennen Cretionsworte, sondern er soll auch diese seine Willenserklärung durch Thaten äußern, sich des Vermögens annehmen. Wer sich nicht in den Besitz des Erbschaftsvermögens zu setzen sucht, dem scheint es auch mit seiner Erklärung, antreten zu wollen, kein rechter Ernst zu sein, so daß man auch eine bereitwillige Prästation der **sacra** und Zahlung der Erbschaftsschulden nicht von ihm voraussetzen kann. Deßhalb nahm man an, daß noch nicht die bloße Erklärung der Erbschaftsantretung die **pro herede usucapio** unmöglich mache, sondern erst die aus dieser Erklärung folgende Thätigkeit, also die Besitzergreifung der Sachen [1]), oder wenn sie schon von Anderen in Besitz genommen waren, ihre Zurückforderung.

Nun aber kann doch beim **suus** durch das Gesetz nur die formelle Erklärung der Antretung supplirt werden, die thatsächliche Aneignung muß von ihm selbst ausgehen, da man aber auch diese erforderte, so scheint doch die Annahme wohl nicht so unmöglich, daß sich die **pro her. us.** auch auf den **suus** bezogen habe. Und wenn man bedenkt, daß die Gründe, welche den **suus** bewegen konnten sich von der Erbschaft fern zu halten, später den Prätor sogar zur Aufstellung eines eigenen Rechtsinstitutes, des **beneficium abstinendi**, veranlaßten, so wird man es nicht unwahrscheinlich finden, daß in früherer Zeit der Fälle genug vorgekommen sein mögen, in denen der **suus** sich factisch zu entziehen suchte, um sich auch gegen die erbschaftlichen Lasten enschuldigen zu können. Alsdann mogte es denn doch sehr empfehlenswerth erscheinen, daß der Besitzer-

---

1) **Gai. II. 52. — si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit.**

Digitized by Google

greifende von den Creditoren und Pontifen in Anspruch genommen werden könnte, obgleich freilich der der **pro herede usucapio** zum Grunde liegende juristische Satz, daß die **bona hereditaria** als herrenlos anzusehen seien, in diesem Falle durchaus nicht paßte.

Wenn schon durch diese Gründe es wahrscheinlich wird, daß auch der **suus** nicht frei war von den Nachtheilen der **pro her. us.**, so wird dies denn auch durch Quellenzeugnisse bestätigt. — Wie schon oben gezeigt wurde, ist das Rechtsverhältniß des **suus** mit dem des **servus**, so weit es im Kreise der **potestas** liegt, ganz dasselbe; und wenn sich hier Verschiedenheiten finden, so können dies nur positive Bevorzugungen des **filiusfamilias** sein, welche von Anfang an nicht vorhanden waren. Vom **servus** nun sagt Gaius ausdrücklich, daß er der **pro herede usucapio** unterworfen war:

> **II. 58. — Set necessario tamen herede exstante ipso jure pro herede usucapi potest.**

Man könnte glauben, daß Gaius unter dem Ausdrucke **necessarius heres** auch den **suus** begriffen habe, indeß ist es wahrscheinlicher, daß er der gewöhnlichen Terminologie gefolgt sei, welche hiemit ausschließlich den **servus** bezeichnete [2]), und dann beweist die Auslassung des **suus**, daß er allerdings in späterer Zeit von der **pro herede usucapio** frei war, aber da das alte Recht noch immer für den **servus** bestehen blieb, müssen wir annehmen, daß es anfangs gleichmäßig auch für den **filiusfamilias** gegolten hatte.

Diese Argumentationsart, welche, wie ich glaube, in allen das Rechtsverhältniß des **suus** betreffenden Fällen, die richtige ist, findet sich nun für die **pro herede usucapio** ausdrücklich in unseren Quellen bestätigt:

> **l. 2. C. de usuc. pro her. (7. 29) — Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, magis obtinuit.**

Also man muß doch früher auch anderer Meinung gewesen sein, ehe die hier vorgetragene Ansicht die herrschende wurde.

---

2) Ulpian. fr. XXII. 24.

Digitized by Google

Da an einen Schulstreit und überhaupt eine Controverse der späteren Juristen nicht wohl zu denken ist, so werden wir die Worte **magis obtinuit** so verstehen dürfen, daß früher die entgegengesetzte Ansicht herrschend war, welche dann, vielleicht nach einigem Schwanken, von der dem **suus** günstigeren verdrängt wurde.

Die Gründe, aus denen die **pro herede usucapio**, als sie nur noch eine Ersitzung einzelner Erbschaftssachen gewährte, sehr leicht zu Gunsten des **suus heres** für unanwendbar erklärt werden konnte, wird sich der geneigte Leser aus dem Gesagten leicht construiren können.

§. 6. Die Art, wie sich der von den 12 Tafeln Berufene gegen die **pro herede usucapio** schützen konnte, lag, wie bereits angegeben ist, nicht bloß darin, daß die Acquisition der Erbschaft bei ihm feststand, sondern er mußte sich auch den Besitz der Erbschaftssachen verschaffen, wodurch dann die **usucapio** für immer ausgeschlossen wurde, da durch Besitzergreifung sie *in* des Erben volle Herrschaft übergegangen waren, also nicht mehr für herrenlos gehalten werden konnten (s. §. 5. Note 1.). Hatte dagegen Jemand Erbschaftssachen in Besitz genommen, deren Besitz der **heres** noch nicht gehabt, so mußten ihm diese Sachen innerhalb des Jahres gerichtlich abgefordert werden, wenn nicht die Wirkungen der **pro herede usucapio** eintreten sollten.

Diese Klage gegen den **pro herede** Usucapirenden ist die **hereditatis petitio**, und ich glaube darthun zu können, daß dieselbe überhaupt erst mit dem Institute der **pro herede usucapio** entstanden sein kann.

Es ist bereits genügend von Anderen hervorgehoben worden, daß die **hereditatis petitio** nicht direct eine Forderung auf Herausgabe des Erbschaftsvermögens enthalte, sondern daß man damit hauptsächlich die Anerkennung seines Erbrechtes, der ideellen **hereditas** fordere (**hereditatem meam esse**), woraus dann nur mittelbar von selbst folgt, daß der Beklagte die Erbschaftssachen, durch deren Besitz er das Erbrecht des Klägers verletzt, herausgeben müsse [1]). — Eine solche Klage aber

1) S. hauptsächlich Arndt's Beiträge 1. Heft S. 18 u. ff.

scheint mir schon nach dem im Anfange des §. 2. Erwähnten, für die Zeit vor Einführung der **pro herede usucapio** gar nicht möglich.

Wenn ein nach den 12 Tafeln Berufener die Erbschaft wirklich antritt, so war es durchaus nicht möglich, daß je noch ein späterer Grad oder eine spätere Klasse zur Erbschaft gelangte. Aber auch wenn er nicht antrat, und seine Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung der **hereditas** zweifelhaft ließ, so konnte doch wegen des Mangels der Deliberationsfristen niemals ein Anderer das Erbrecht erwerben. Die Delation des Erbrechts enthielt also ein streng an seine Person geknüpftes, von ihr nur durch eigenen Willen trennbares Recht [2]). So lange also diese Person vorhanden war und noch nicht ausdrücklich verzichtet hatte, waren die Sachen allerdings **res nullius**, aber doch nicht solche, die von einem Jeden hätten occupirt werden können, die vielmehr nur beim Vorhandensein eines **justus titulus** sich usucapiren ließen (s. §. 2. zu Note 2.). Jeder Andere, sei er Einer, der später hätte berufen werden können oder nicht, mogte er noch so lange noch so viel Erbschaftssachen besitzen, konnte doch nie Erbe werden, nie also das Erbrecht des wahrhaft Berufenen verletzen. Nur sein Eigenthumsrecht war, nachdem er die Erbschaft in der That angetreten, in Gefahr, durch den Besitz Anderer verloren zu werden, also nur darauf konnte denn auch seine Klage gehen; m. a. W. vor der **pro herede usucapio** können für die Einforderung der Erbschaftssachen nur Vindicationen bestanden haben, ebensogut wie man nicht zweifeln wird, daß der nicht zahlende Erbschaftsschuldner nur mit der persönlichen Klage, die sich schon vom Erblasser herschrieb, zu belangen war, daß von einer **hereditatis petitio** gegen ihn nicht die Rede sein konnte.

Dies Alles mußte sich seit Einführung der **pro herede usucapio** umgestalten. Jetzt lag in dem Besitze einer Erb-

2) Es ist sehr die Frage, ob nicht sogar anfangs auch im Falle der Repudiation (oder, was dem gleich steht, des Todes) des berufenen Erben eine **graduum** oder **ordinum successio** ganz allgemein verboten gewesen sei. S. unten §. 22. 23.

Digitized by Google

schaftssache, selbst wohl im Nichtzahlen einer Erbschaftsschuld (s. §. 4. Note 12) eine Anmaßung des Erbrechts, welches durch Ablauf eines Jahres erworben wurde, und wenn man auch annahm, daß der daraus dem **heres** entstandene Schaden eine wohlverdiente Strafe seiner Säumigkeit sei, so mußte doch die Rechtsänderung wieder dadurch ins Gleichgewicht gebracht werden, daß es ein Rechtsmittel gebe, welches von dem Nichtsäumigen allen möglichen Nachtheil ferne hielte. Aber konnte man zu diesem Zweck die bisherigen Vindicationen und persönlichen Klagen für genügend erachten?

So sehr der juristische Sinn in dieser alten Zeit noch im Argen gelegen haben mag, so mußte hier doch auch der gewöhnlichste Verstand den Mangel erkennen. Wenn bisher der **heres** Sachen und Forderungen eintrieb, so war es ihm um nichts als eben um diese Sachen und diese Forderungen zu thun. Jetzt stand etwas Höheres auf dem Spiel; er mußte nicht bloß klagen, damit nicht die einzelnen Gegenstände durch eine gewöhnliche (unter den Regeln des **justus titulus** stehende) Usucapion verloren gingen, er mußte klagen um mit der Herausgabe der Sachen zugleich die Usucapion der ideellen **hereditas**, des Erbrechtes zu vernichten. Also mit einer und derselben Klage hatte er zwei verschiedene Ansprüche durchzusetzen, von denen der letztere, auf welchen doch die Eigenthumsklage gar nicht direct gerichtet wurde, bei weitem der wichtigste war. Und eben weil sein Hauptzweck unmittelbar sich gar nicht in der Vindication aussprach, sondern nur indirect durch dieselbe erlangt ward, so konnte der **heres** ohne das geringste Verschulden und Versäumniß doch den Schaden erleiden, den er verhindern wollte. Konnte er wissen, welche Sachen gerade sich im Besitz dieses seines Gegners befänden? Durch die Unrechtlichkeit desselben konnte er getäuscht sein, und wenn er nicht alle Sachen von ihm abgefordert hatte, so wurde dennoch mit Hülfe der zurückgebliebenen Theile der Erbschaft die **hereditas** ersessen.

Jedermann mußte einsehen, wie hier abgeholfen werden könne und müsse. Man brauchte nur das bisherige Verhältniß umzukehren. Während man seither durch persönliche Klagen und Vindicationen das Erbschaftsvermögen, also die

Digitized b

reelle **hereditas**, eingeklagt hatte, so brauchte man jetzt nur eine Klage zu geben, welche direct auf die in Gefahr schwebende ideelle **hereditas**, das Erbrecht gehe. Dieses mußte vor Allem erst vom **pro herede** Besitzenden anerkannt werden, damit der größten Gefahr vorgebeugt werde; nach dieser Anerkennung aber verstand es sich dann ganz von selbst, daß der Beklagte nun auch alles Erbschaftsvermögen insgesammt herausgeben mußte, das er ja von jetzt ohne alle **causa** besitzen würde.

Eine solche Klage aber, wie sie hier unumgänglich nöthig wurde, ist gerade die **hereditatis petitio** ganz unzweifelhaft [3]), und somit ist denn auch der Beweis geliefert, daß diese erst aus dem Institute der **pro herede usucapio** hervorgegangen sein kann.

Es leuchtet ein, daß diese Abhängigkeit der **hereditatis petitio** von der **pro herede usucapio** für das Verständniß der weiteren Entwicklung der Erbschaftsklage von wesentlicher Bedeutung sein muß, indem nun gleich von vorn herein zu vermuthen ist, daß eine jede Veränderung der **pro herede usucapio** auf die **hereditatis petitio** nothwendig zurückwirken, und dieser eine andere Gestalt geben mußte. Manches davon soll im Folgenden erwähnt werden.

Gleich hier ist indeß noch das Beklagtenverhältniß bei der **her. pet.** etwas genauer festzustellen, weil es mit dem Ursprunge dieser Klage in engem Zusammenhange steht. Die Behauptungen des mit der **her. pet.** belangten Erbschaftsbesitzers können folgende sein:

---

3) fr. 1. §. 10. de her. pet. — Itaque qui ex asse vel ex parte heres est, intendit quidem (d. h. der eigentliche Zweck seiner Klage ist) hereditatem suam esse (d. h. Anerkennung seines Erbrechts) totam vel pro parte, sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit heres, aut pro parte, ex qua heres est. cf. fr. 3. eod.

Digitized by Google

1) er selbst sei Erbe. — Führt er hier denselben Delationsgrund wie der Kläger an, und läugnet den des Klägers nicht, so behauptet er sein Miterbrecht, und alsdann schlägt der Proceß in das Gebiet des **judicium familiae herciscundae**. Behauptet er dagegen sein alleiniges Erbrecht, so kommt es auf den Beweis an. Siegt darin der Beklagte, so verletzt er ja gar nicht den (unberechtigten) Kläger, da er, der Beklagte, selbst der Erbe ist, also nicht bloß **pro herede** usucapirt. Siegt aber der Kläger im Beweise, so muß der Beklagte weichen, dem sein Glaube und seine Angabe, er selbst sei der Erbe, gar nichts hilft. Freilich wird er nicht als **improbus possessor** angesehen, da ihm eben aus dem Institute der **pro herede usucapio** die Berechtigung ertheilt ist, die Erbschaft in Besitz zu nehmen. Weil aber das Recht, auf das sich der Beklagte hier in der That stützt, nichts als die **pro herede usucapio** ist, so muß er denn auch vor dem im ersten Jahre des Besitzes klagenden **heres** zurücktreten.

2) Es braucht indeß der Beklagte sich auch gar nicht auf einen wahren Delationsgrund der **hereditas** zu stützen, sondern er kann lediglich sich auf die **pro her. us.** berufen. Er gesteht also von vorn herein zu, daß er darauf ausgehe, die **hereditas** zu ersitzen, was der Kläger nicht hindern könne, als bis er sein wahres Erbrecht beweise. Gelingt nun diesem der Beweis nicht, so ist der **possessor** gar nicht gestört, gelingt er ihm, so hört alles Recht des **possessor** auf.

Wir haben hier also zwei Arten von Beklagten, gegen die allein die **hereditatis petitio** angestellt werden kann. Sie unterscheiden sich nach den Behauptungen, die sie im Erbschaftsproceß vorbringen, aber beide sind dem wahren materiellen Rechte nach, welches ihnen zur Seite steht, offenbar ein und dasselbe, sie sind gleichmäßig **pro herede** Usucapienten. Daß im Proceß der Eine irrthümlich etwas behauptet, was der Andere gar nicht unternimmt, kann in der Art der Beweisführung eine Aenderung hervorbringen, aber auf ihr rechtliches Verhältniß, wie es wirklich ist, hat es gar keinen Einfluß. Allerdings war jener Unterschied der anfänglichen, im Verlauf des Processes aber auf dasselbe hinauslaufenden Behauptungen der Beklagten wichtig genug, um beide Fälle durch verschiedene Aus-

drücke zu unterscheiden. Man nannte den, der selbst Erbe zu sein behauptete, den pro herede possessor, der dies nicht that, den pro posessore possessor, aber daraus darf nicht abgeleitet werden, daß, so lange überhaupt die pro herede usucapio nicht verboten war [4]), daraus irgend ein rechtlich verschiedenes Verhältniß für beide Arten der possessores, namentlich bei der Restitution der Erbschaft hervorgegangen wäre. Die pro herede usucapio war bis auf Hadrian keine rechtlich improba, erst seit diesem Kaiser können die Unterschiede des bonae und malae fidei possessor aufgekommen sein. Ueberhaupt aber sehen wir, daß die obige Terminologie von pro herede und pro possessore possessor in der früheren Zeit gar nicht feststehend gewesen ist, indem auch noch von Gaius die possessio dessen, qui scit alienam rem se possidere, eine pro herede possessio genannt wird. Ebenso muß man also auch einen solchen Besitzer pro herede possessor genannt haben [5]).

II. Das successorium edictum.

§. 7. Den Mängeln, welche aus dem ursprünglichen Nichtvorhandensein von Deliberationsfristen hervorgegangen waren (s. oben §. 2.), wurde allerdings durch das Institut der cretio und pro herede usucapio theilweise abgeholfen.

Der Satz, daß keine folgende Klasse der früher berufenen, nicht antretenden, succediren könnte, wurde für die testamentarische Erbfolge durch die cretio verändert, indem darin die Möglichkeit der Substitutionen, also verschiedener auf einander folgender Grade, gegeben war. Bei der Intestaterb-

4) Also bis auf Hadrian. Gai. II. §. 57.

5) Gai. II. 52. — quae species possessionis (et usucapionis) pro herede vocatur. Gaius versetzt sich in den §§. 52—54. absichtlich in die Zeit vor Einführung des Hadrianschen Senatusconsultes zurück.

Digitized by Google

folge dagegen blieb freilich die Regel, daß keine **successio** unter den drei Klassen statt finde, unverändert bestehen, wurde aber doch dadurch wesentlich modificirt, daß jetzt die spätere Klasse, wenn sie den Besitz der Erbschaftssachen erlangt hatte, durch die **pro herede usucapio** den früher Berufenen ausschließen konnte, und es leuchtet doch ein, daß die Agnaten oder Gentilen, wenn der vor ihnen Stehende sich der Erbschaft nicht annahm, stets am leichtesten in der Lage sein mußten, das Vermögen in Besitz zu nehmen, so daß also der Vortheil der **pro herede usucapio** in der Regel diesen schon nach den 12 Tafeln gerufenen späteren Klassen zugekommen sein wird.

Aber dabei ist gleich hervorzuheben, daß sie diesen Vortheil doch nie als schon von den 12 Tafeln berufene Erben hatten, sondern rein aus dem **factum** der Besitzergreifung ableiteten; es war dem Zufall anheimgestellt, ob ihnen die Besitznahme möglich sein werde. Einen Rechtssatz, daß die civilrechtlichen **ordines** einander succediren sollten, gab es noch gar nicht. —

Ueberhaupt scheint die Frage, wer am zweckmäßigsten als **heres** eintreten solle, sobald die erste Delation der Erbschaft fruchtlos gewesen sei, die Römer anfangs wenig beschäftigt zu haben, sie erkannten noch nicht genug die bedeutende Mangelhaftigkeit ihres Rechtszustandes, sonst würden sie derselben schon auf andere Weise als durch die **pro herede usucapio** abgeholfen haben. Vielmehr wurde von ihnen nur der zweite oben (§. 2.) erörterte Uebelstand in Betracht gezogen, welcher auch offenbar mehr geeignet ist, selbst dem wenig über die Zweckmäßigkeit des positiven Rechts Nachdenkenden ins Auge zu fallen. Weil Pontifen und Creditoren nicht wußten, an wen sie sich halten sollten, deßhalb ist, wie Gaius ausdrücklich sagt und wir es nicht bezweifeln dürfen, die **pro herede usucapio** eingeführt, und derselbe Grund wird auch schon früher zur Reception der **cretio** gewirkt haben. Die zweckmäßigere Regulirung der **successio** unter denen, an welche sich Creditoren und Pontifen zu wenden hatten, blieb einer späteren Zeit vorbehalten.

Abgesehen hievon ist es nicht schwer, in dem Institute

der **pro herede usucapio**, — welches ja nun alle Erbschaftsfälle beherrschte, mogte noch eine Cretionsfrist hinzutreten oder nicht — noch folgende sehr bedeutende Schwächen zu erkennen.

1) Es wurde dadurch offenbar die Zersplitterung der Erbschaft ganz außerordentlich befördert. Wer auch nur eine Sache aus der **hereditas** besaß, ja vielleicht sogar der Schuldner, welcher nicht zahlte, usucapirte die **hereditas**, das Erbrecht, zu einem solchen Intellectualtheile, als sich die Sache oder die Schuld zu einer Quote des Vermögens berechnen ließ. Dadurch aber mußte es den Pontifen und Creditoren bisweilen sehr schwierig werden, ihre Forderungen durchzusetzen, so daß also doch das Institut, das um ihrentwillen eingeführt war, ihnen wenig Trost gewährte.

Freilich muß man nicht glauben, daß dergleichen bei den verschiedenen Erbfällen das Gewöhnliche gewesen sei. Es ist zu natürlich, daß nach dem Tode eines Menschen diejenigen, welche ihn noch in den letzten Augenblicken umgaben, also sein Ehegatte, seine Verwandten, sogleich Besitz von seinem Vermögen nehmen, als daß man hier an ein häufiges Zusammenströmen fremder Besitzergreifender, und gar an Streitigkeiten derselben bei der Besitznahme denken könnte. Aber dergleichen war doch immer einmal möglich, je nach den Umständen, in denen der Erblasser gestorben war, und schon diese Möglichkeit einer völligen Zersplitterung des Vermögens, so selten sie sich auch wirklich ereignen mogte, und überhaupt die völlige Unsicherheit, welche Personen der Zufall ihnen gegenüberstellen würde, mußte die Creditoren und Pontifen auf den Gedanken führen, daß sich doch ein sehr viel besseres Institut zu ihrem Schutze denken lasse, als den ihnen die **pro herede usucapio** gewährte.

2) Dazu gesellte sich aber noch ein anderes Bedenken. — So einfach an sich auch die Argumentation war, auf welche man die **pro herede usucapio** basirte (s. §. 4 zu Note 4.), so mußte man doch wohl bald darauf kommen, daß sie eine unnatürliche, ja völlig unjuristische sei. Man wollte eine Usucapion der ideellen **hereditas**, also einer unkörperlichen Sache haben, aber wie wollte man es rechtfertigen, daß der Besitz,

Digitized by Google

der zu dieser Ersitzung führen sollte, in dem Besitze einer einzelnen Erbschaftssache läge? Man sollte das Eine besitzen, und gar nicht eigentlich dies, sondern etwas ganz Anderes ersitzen, was namentlich auffallen mußte, wenn Jemand einen einzelnen **fundus** aus der Erbschaft besaß, wodurch er nach Ablauf eines Jahres die **hereditas** und hierdurch wieder den **fundus** ersaß, welcher an und für sich eines Besitzes von zwei Jahren bedurft hätte. Das widerstritt doch zu sehr der Regel, daß die Usucapion nur so weit gehe, als die **possessio** gereicht hatte!

Ferner aber mußte die Schwierigkeit der Berechnung sehr gegen die Anwendung des ganzen Institutes sprechen. Der Usucapirende kann unmöglich, wie schon oben erörtert ist, eine größere Quote der **hereditas** usucapirt haben, als wie das Verhältniß der von ihm in Besitz genommenen Sachen zum ganzen Vermögen betrug. Aber diese Feststellung mußte doch offenbar wenn das Vermögen mehrfach zersplittert war, wenn man dessen Größe nicht genau kannte, eine sehr schwierige und weitläuftige werden, bei der die Betrügung der Creditoren und Pontifen den Usucapienten sehr leicht gemacht war. —

Mag es lange oder kurz gedauert haben, endlich mußten doch diese Gründe die Aufhebung der **pro herede usucapio** herbeiführen [1]), aber wir sehen aus Gaius, daß man nur das hauptsächlich Unjuristische davon aufgegeben, dagegen das Uebrige durchaus hat bestehen lassen.

Die Worte des Juristen sind folgende:

II. 54. — Quamvis autem postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit.

Das ist also die zweite Periode, welche man bei der pro

---

1) Aus welcher Quelle sie überhaupt eingeführt sei, wird sich schwerlich ausmitteln lassen. Wenn eine eigene lex darüber aufgestellt wäre, so würde doch Gaius dies wohl nicht unerwähnt lassen. Aber von der anderen Seite sollte man kaum glauben, daß ein solches Institut aus der Interpretation der Rechtskundigen habe hervorgehen können.

herede usucapio unterscheiden kann. Die hereditas selbst, das Erbrecht, wird nicht mehr usucapirt, sondern nur noch die einzelnen Erbschaftssachen, so daß man also das Grundprincip, daß der Nachlaß etwas Herrenloses und Occupirbares sei, noch durchaus beibehielt [2]).

Aber daraus erhellt auch gleich, daß nun mit der pro herede usucapio gar nicht mehr der Zweck erreicht wurde, um dessentwillen sie eingeführt worden, daß sie also von jetzt an nur noch als ein zweckloser Rechtssatz fortbestand, welcher ebendeßhalb in das organische Ganze des Rechtes störend eingreifen mußte [3]), und es läßt sich nur aus dem Römischen Charakter erklären, daß in dieser Gestalt das Institut so lange Zeit noch gegolten hat, indem man bestehendes Civilrecht, sobald es nur nicht durchaus widersinnig war, nicht gern aufhob, und lieber nur indirect durch Prätorische Institute paralysirte. Ob dies nicht auch in unserem Falle eingetreten sei, wird an seinem Orte noch besonders untersucht werden. —

Von der anderen Seite aber ist gleich hier ins Auge zu fassen, daß das Bedürfniß der Deliberationsfristen, aus dem die pro herede usucapio hervorgegangen war, jetzt, wo dasselbe durch diese nicht mehr befriedigt wurde, mit neuer Kraft wieder hervortreten mußte. Es waren also wiederum andere Institute zu dessen Abhülfe nothwendig, und wenigstens war man jetzt dadurch in einer vortheilhafteren Lage, daß die Erfahrung Belehrung darbot, und man mit einiger Ueberlegung leicht Rechtssätze aufstellen konnte, die den beabsichtigten Zweck besser erfüllten, als der frühere Versuch, welcher von der Gewandtheit der Römer in der Rechtsbildung kein großes Zeugniß giebt.

---

2) Auch aus dieser Art, wie das Institut durch die übereinstimmende Rechtsansicht einer späteren Zeit doch nur theilweise aufgehoben wurde, läßt sich vielleicht abnehmen, daß das Ganze sich nicht bloß auch auf eine Rechtsansicht, sondern wirklich auf eine lex gestützt habe.

3) Von jetzt an konnte sich allmählig die moralische Ueberzeugung bilden, daß es eine improba possessio et usucapio sei (Gai. II. 55); aber juristisch wurde sie erst improba durch die ausdrückliche Aufhebung des Gesetzgebers. Gai. II. 57.

Digitized by Google

Hiermit sind wir denn auf den Punkt gelangt, von dem aus sich eine richtige Ansicht über den Ursprung der **bonorum possessio** fassen läßt.

§. 8. Es ist oben angegeben, daß der heres für die sacra eben so gut haften muß, wie ihm auch die Zahlung der Schulden obliegt [1]).

Es darf nicht angenommen werden, daß ihm deßhalb diese Pflicht obgelegen habe, weil die reelle **hereditas**, das Erbschaftsvermögen, auf ihn gelangt sei. Man kann die **sacra** nicht als eine dingliche, mit diesem Vermögen verknüpfte Last ansehen, vielmehr sind sie wie die Erbschaftsschulden an die ideelle **hereditas** gebunden. Derjenige, welcher das Erbrecht erlangt, d. h. der in die Persönlichkeit des Erblassers eingetreten ist, muß für die **sacra** wie für die Schulden haften, mag er nun wenig oder viel aus dem Erbschaftsvermögen in Besitz bekommen haben. — Der Beweis hiefür liegt wieder in der älteren Gestalt der **pro herede usucapio**, von der Gaius so ausdrücklich sagt, daß sie um der **sacra** willen eingeführt sei. Denn wenn im alten Recht die **sacra** an das Vermögen geknüpft gewesen wären, so hätte man ja schon durch den Besitz der körperlichen Sachen dazu verpflichtet werden müssen, und also gar nicht nöthig gehabt, einen Besitz der ideellen **hereditas** daneben zu fingiren, um daran deren Usucapion zu knüpfen, und nun erst hieraus die Verpflichtung zu den **sacra** abzuleiten.

Es kann also der Satz wohl nicht bezweifelt werden, daß,

---

1) Nach dem im § 2 Gesagten haben vielleicht, was die sepulcra familiaria betrifft, die Familienglieder mit dem heres zu den sacra concurrirt. Es kann dies fernerhin von uns außer Acht gelassen werden, da aus dem Obigen jedenfalls erhellt, daß in vielen Fällen der heres gewiß allein, in allen Fällen er aber doch immer wenigstens zum Theil zu den sacra verpflichtet war. Es war also stets das Interesse der Pontifen, den heres zu kennen. Im Folgenden ist nur noch der Grund, aus welchem man den heres für verbunden hielt die sacra zu prästiren, genauer zu bestimmen, woraus sich erst die weitere historische Entwicklung erklären läßt.

so lange die **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt bestand, der **heres** nur deßhalb, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, wegen der **sacra** in Anspruch genommen werden konnte. Jetzt also, als man annahm, daß durch die **pro herede usucapio** nicht mehr das Erbrecht selbst ersessen werden könne, durften sich offenbar die Pontifen nicht mehr an den halten, der die Erbschaftssachen in Besitz genommen hatte. Es trat daher wiederum das Bedürfniß ein, daß, wenn der wahrhaft berufene **heres** nicht antreten wollte, andere Personen den Pontifen gegenüberständen. Wäre nun die Rechtsbildung im Kreise des Civilrechts so thätig gewesen, daß man gleich an die Stelle der alten **pro herede usucapio** ein anderes Institut gesetzt hätte, wodurch im Falle der Säumigkeit des **heres** ein Anderer als **heres** ihm succedirte, — so würden damit die Pontifen völlig zufrieden gestellt worden sein. Aber das Civilrecht ging nicht so raschen Schrittes, und dennoch war nach der Religiosität der Römer die Forderung der Pontifen eine so wichtige, daß sie nothwendig einer Sicherung bedurfte.

Es kann daher nicht auffallend erscheinen, daß das Pontifencollegium, welches ja überhaupt auf die Rechtsbildung so großen Einfluß gehabt hat, sich selbst Recht schaffte, daß es Rechtsregeln aufstellte, nach denen künftig die **sacra** prästirt werden sollten. Freilich konnten sie, was gleich bevorwortet werden muß, nicht einen Rechtssatz aufstellen, welcher dem der **pro herede usucapio** gleichgestanden hätte, d. h. sie konnten nicht an die Stelle des vom Civilrecht berufenen **heres** einen Anderen als **heres** constituiren, und nun hieraus die Pflicht zu den **sacra** ableiten, sondern sie konnten nur, unabhängig vom Rechte der **hereditas**, festsetzen: „**qui adstringantur sacris**“, — also das eigentliche Erbrecht konnte von ihnen nicht afficirt werden.

Dies sehen wir denn auch aus der berühmten Stelle des Cicero (**de legg. II. 19** u. ff.), in welcher die rechtsbildende Thätigkeit der Pontifen genau beschrieben wird. Auf die Erklärung derselben muß nun noch genauer eingegangen werden [2]).

2) S. vorzüglich darüber Savigny a. a. O. S. 363—380.

Digitized by Google

Nachdem Cicero in den schon oben besprochenen Worten gefordert hat, daß die **sacra perpetua** seien, fährt er folgendermaßen fort:

> **Hoc uno posito, haec jura pontificum auctoritate consecuta sunt, ut ne morte patrisfamilias sacrorum memoria occideret; iis essent ea adjuncta, ad quos ejusdem morte pecunia venerit.**

Also damit nicht Fälle vorkämen, wo mit dem Tode des **paterfamilias** die **sacra** untergingen, stellten die Pontifen das Princip auf, daß jetzt diejenigen dafür haften sollten, an welche das Vermögen (**pecunia**) [3]) des Erblassers gelangte. Offenbar ist dies ein ganz neues Princip, denn nach der bisherigen Regel des Civilrechts, wie sie gewiß schon seit den 12 Tafeln anerkannt war, galt der **heres**, also wer in die **ideelle hereditas** eintrat, als dazu verpflichtet. So hebt denn auch Cicero nachher im c. 21. diese Verbindung der **sacra** mit der **reellen hereditas** noch ausdrücklich als einen lediglich aus der Autorität der Pontifen entstandenen Satz hervor:

> **sacra cum pecunia, pontificum auctoritate, nulla lege, conjuncta sunt.**

Hier mußten nun nothwendig, da das Vermögen in verschiedene Hände gerathen konnte, verschiedene Klassen aufgestellt werden, welche **successiv**, wenn Niemand aus der vorhergehenden Klasse vorhanden war, für die **sacra** verhaftet sein sollten.

Cicero führt zwei verschiedene Berechnungsarten dieser Klassen an, die ältere, welche nur drei Klassen enthielt, und dann die spätere zu seiner Zeit gebräuchliche, welche vom Pontifex Scaevola aufgestellt worden war.

Betrachten wir zuerst die anfänglich von den Pontifen proponirte:

> **— non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem his verbis docebant: tribus modis sacris adstringi,**

---

3) Schon Savigny a. a. O. Note 3 hebt diesen allgemeinen Sinn des Worts **pecunia** hervor.

Digitized by Google

1) **hereditate**,
2) **aut si majorem partem pecuniae capiat**,
3) **aut si major pars pecuniae legata est, et inde quippiam ceperit.**

Den Satz des Civilrechts, daß der **heres** für die **sacra** hafte, konnten die Pontifen unmöglich verläugnen, und so mußten sie nothwendig diesem die erste Klasse einräumen. Um so weniger konnten sie dabei ein Bedenken haben, da es auch mit ihrem Principe völlig übereinstimmte. Denn wer die ideelle **hereditas** hat, dem fällt ja auch die reelle von selbst zu. Es ist also nur das hiebei zu bemerken, daß jetzt verschiedene Gründe der Haftungsverbindlichkeit des **heres** bestehen. Nach dem Civilrecht haftet er, weil er in die Persönlichkeit des Erblassers eintritt, und nach dem neueren Principe der Pontifen auch deßhalb, weil auf ihn das Vermögen fällt.

Die zweite Klasse bilden nun die **pro herede Usucapienten** (— **si majorem partem pecuniae** [**usu -**] **capiat**). So lange die **pro herede usucapio** noch das Erbrecht selbst ertheilte, kann diese Klasse nicht bestanden haben, denn dann waren die Usucapienten selbst **heredes**, und gehörten schon unter die erste Klasse, bei der ja eine Unterscheidung, in welcher Art die **hereditas** deferirt werde, sich nicht findet. Und unmöglich dürfen wir doch vermuthen, daß die Pontifen hier zwei Klassen bloß aus theoretischer Genauigkeit unterschieden hätten, da doch praktisch der nach den 12 Tafeln Gerufene und der **pro herede** Usucapient durchaus auf gleicher Stufe standen, indem sie, gerade als **heredes**, den **sacris** adstringirt waren. Offenbar sollen in den verschiedenen auf einander folgenden Klassen die genannten Personen aus verschiedenen Gründen zu den **sacris** verpflichtet sein. Hier aber würde in beiden Klassen derselbe Grund vorhanden sein, was dem Sinne der Römer nicht angemessen ist, welche unnöthigen Distinctionen nicht eben geneigt waren.

Aber nicht allein eine unnöthige, sondern auch eine unrichtige Unterscheidung würde hier vorliegen, wenn in dieser zweiten Klasse der gemeint wäre, welcher noch die **hereditas** selbst hätte ersitzen können. Es ist oben gezeigt, daß ja auch

Digitized by Google

ein nach den 12 Tafeln gerufener Erbe mit einem pro her. Usucapienten concurriren konnte (s. §. 4 am Ende), woraus folgt, daß sie auch zusammen die sacra prästiren mußten. Hier aber ist von zwei Klassen die Rede, die erst eine nach der anderen in Betracht kommen [4]). Jenes Zusammentreffen Beider ist aber eine Folge des Civilrechts, welche abzuändern weder in der Macht noch im Interesse der Pontifen lag.

Damit ist der, wie mir scheint, nicht zweifelhafte Beweis geliefert, daß dieses ganze, wenn ich so sagen darf, successorische Edict der Pontifen erst aufgestellt sein kann, nachdem die zweite Periode der pro herede usucapio bereits begonnen hatte, d. h. nachdem darin nicht mehr eine Ersitzung der hereditas selbst, sondern nur der einzelnen res hereditariae lag. Und dies Resultat wird nun noch durch Folgendes bestätigt.

Die Scala der für die sacra Verhafteten ist, wie Cicero sagt, aus dem Principe aufgebaut, daß Jemand das Erbschaftsvermögen, die pecunia, erlangt haben müsse. Sobald die pro herede usucapio ihre zweite Gestalt annahm, war der Usucapient nach dem Civilrechte nicht mehr den Pontifen verbindlich, da er nicht mehr heres wurde. Es wird Niemand läugnen, daß zu Cicero's Zeit schon diese zweite Periode der pro her. us. bestand, und ebensowenig wird man es in Zweifel ziehen, daß nach jenem Principe der Pontifen auch der Usucapient der res hereditariae zu den sacra gezogen werden mußte. Also gefehlt haben kann er in der Scale der Pontifen unmöglich, und da er eben nicht mehr heres wurde, so kann er auch nicht in der ersten Klasse begriffen sein. Ist es daher anders möglich, als daß er gerade in dieser zweiten Klasse gemeint sei?

---

4) Es ist dies in der Umarbeitung des Scävola ausdrücklich hervorgehoben (Tertio loco, si nemo sit heres, is qui — — usuceperit), ohne daß ein Grund vorläge zu vermuthen, es sei damit etwas Neues aufgestellt.

Digitized by Google

Somit wird denn auch verständlich, daß nur der für verpflichtet erklärt wird, welcher den größeren Theil des Vermögens usucapirt habe. In der früheren Periode der **usucapio** kann dieser Satz nicht bestanden haben, indem damals nicht unmittelbar aus der Besitzergreifung von Erbschaftssachen, sondern aus der Erwerbung des Erbrechts die Pflicht zu den **sacra** abgeleitet wird, man also auch, da allgemein jeder Besitzergreifende die **hereditas** usucapirte, die aus dem Erbrechte **ipso jure** folgenden Verbindlichkeiten nicht beschränkt haben kann. (s. §. 4. Note 11.) Dagegen als jetzt die Pontifen den Usucaptor der einzelnen Erbschaftssachen zu den **sacra** verbindlich machten, war es sehr natürlich, daß sie, um Schwierigkeiten der Berechnung zu vermeiden, sich nur an den Besitzer des größeren Theiles des Vermögens halten zu wollen erklärten.

In derselben Art ist denn auch die dritte Klasse, die der Legatare, bestimmt, welche auch nur in Betracht kommen, wenn sie das Legat wirklich erhalten haben (**si inde quippiam ceperit**) [5]). —

Vergleichen wir nun mit dieser älteren Gestalt des Pontifenrechts die spätere Umarbeitung des Scävola. Es scheint von vorn herein einzuleuchten, daß Scävola für seine Person nicht die Macht hatte, die einmal feststehenden Rechtssätze in materiellen Punkten zu verändern, daß es nur eine wissenschaftliche Bearbeitung sein konnte, die das bereits im bisherigen Rechte Enthaltene durch Distinctionen und Umstellungen nur noch schärfer aussprach, und etwa noch mit dem Civilrechte, das sich seither geändert haben konnte, wieder in Einklang zu bringen suchte. Dies wird sich nun auch bei den einzelnen Fällen durchführen lassen, deren Scävola fünf aufstellt:

— quaeruntur enim qui adstringantur sacris.

1) Heredum causa justissima est, nulla est enim

---

5) Ceperit ist hier wohl nicht in der Bedeutung von usuceperit zu nehmen.

Digitized by Google

persona, quae ad vicem ejus, qui e vita emigraverit, propius accedat [6]).

2) **Deinde, qui morte testamentove ejus tantundem capiat quantum omnes heredes.**

3) **Tertio loco, si nemo sit heres, is qui de bonis, quae ejus fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo.**

4) **Quarto, si nemo sit, qui ullam rem ceperit, de creditoribus ejus, qui plurimum servet.**

5) **Extrema illa persona est, ut is, qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, perinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit. Haec nos a Scaevola didicimus.**

Das was gewiß zuerſt einem Jeden auffällt iſt, daß nach Scävola der Legatar die zweite Klaſſe bildet, während dieſe Stelle bisher der **pro herede** Uſucapient einnahm, und man erkennt dies noch in Scävolas Umarbeitung wieder, indem ſeine dritte Klaſſe ſich mit den Worten **si nemo sit heres** unmittelbar an die erſte Klaſſe anſchließt. Der Grund dieſer Veränderung iſt gewiß der, daß ja Legatare nur vorhanden ſind, wenn auch ein **heres** da iſt, daß nun aber beide, ſobald nur der Legatar mit den Erben gleich viel erhielt, gemeinſchaftlich zu den **sacra** concurriren mußten. Es iſt alſo dieſe zweite Klaſſe gar keine ganz ſelbſtändige [7]).

Eine andere Veränderung in Betreff der Legatare bezieht ſich auf die Größe des Legates. Bisher forderte man, daß es größer ſei als der Antheil der Erben, jetzt nur, daß es ebenſoviel betrage. Es iſt dies unzweifelhaft aus der lex Voconia zu erklären [8]), welche überhaupt alle Legate über dies Maaß hinaus verbot. — Freilich bezog ſich dieſe lex nur

---

6) Cicero hebt hier ausdrücklich den Grund hervor, aus dem ſchon nach Civilrecht die sacra präſtirt werden mußten. Der heres iſt dazu verpflichtet, weil er nicht bloß die pecunia erhält, ſondern weil er in die Perſönlichkeit des Erblaſſers eintritt.

7) Dies iſt bereits von Savigny S. 367. hervorgehoben.

8) Savigny a. a. O.

auf die in der ersten Klasse censirten Bürger, aber indem nun Scävola danach seine Worte faßt, so war doch damit deren Anwendung auf die Testamente der nicht Censirten nicht ausgeschlossen. — Eine zweite Einwirkung der **lex Voconia** sieht man darin, daß, während die ältere Theorie der Pontifen nur von Legaten spricht, jetzt von allen **mortis causa capiones** die Rede ist [9]).

Dieser Punkt ist äußerst bedeutend, um für die ganze bisher dargestellte Rechtsentwicklung eine wenigstens ungefähre Zeitrechnung zu erlangen. Die **lex Voconia** ist vom Jahr 585, und muß doch später sein als die ältere von den Pontifen aufgestellte Scala. Da auch diese erst erlassen sein kann, seitdem die **pro herede usucapio** nur eine Ersitzung der **res hereditariae** gewährte, so folgt, daß die erste Periode der **pro herede usucapio** zwischen den 12 Tafeln (300) und dem Jahr 585 begonnen und aufgehört haben müsse. —

Abgesehen nun aber von dieser zweiten Klasse bieten die übrigen drei von Scävola aufgestellten mehrfache Schwierigkeiten dar. Wenn wir sie nämlich mit dem älteren Rechte vergleichen, so müssen doch alle drei zusammen dem correspondiren, was bisher allgemein durch die **pro herede usucapio** bezeichnet wurde. Es ließe sich dies aus dem Grunde in Zweifel ziehen, weil ja doch Scävola hier als Pontifex angeführt werde, also nur als Repräsentant und Sprecher des ganzen Pontifencollegiums anzusehen sei, welches gewiß seine früheren Rechtsbestimmungen wieder abändern, also auch jetzt zu der alten Stufenfolge neue Klassen hinzufügen konnte. Danach wäre es überhaupt eine unrichtige Prämisse, daß die drei letzten Klassen des Scävola genau das enthalten müßten, was man bisher ohne weitere Distinctionen mit den Worten: **si majorem partem pecuniae capiat** bezeichnet hatte.

Allein ich zweifle, ob diese Argumentation richtig sei. Einestheils ist davon bei Cicero keine Andeutung zu finden, und

---

9) Gai. II. 226. — postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent.

Digitized by Google

anderntheils mögte die Ciceronianiſche Darſtellung derſelben ſogar poſitiv entgegenſtehen. Er ſtellt beide Eintheilungsarten nebeneinander, unter denen er offenbar die Wahl läßt, und ſich ſelbſt mit den Worten „**sed pontificem sequamur**“ zu der des Scävola bekennt, als einer der Sache angemeſſeneren. Damit iſt aber doch ausgeſchloſſen, daß dieſe letztere wirklich neues Recht an die Stelle des alten geſetzt habe, denn dann war gar kein Zweifel, daß man ihr folgen müſſe.

Dies wird denn auch durch die Rückſicht auf die drei einzelnen Fälle beſtätigt. Der erſte betrifft den urſprünglichen Begriff der **pro herede usucapio**, d. h. wo Jemand durch den wahren Beſitz einer körperlichen Sache das Eigenthum derſelben erlangt [10]). Allein man blieb bei dieſem urſprünglichen Begriff nicht ſtehen, man geſtattete auch eine fingirte **pro herede usucapio**, und als eine ſolche kündigt ſich der dritte Fall ſelbſt an, indem der nicht zahlende Schuldner: „**perinde habeatur, quasi eam pecuniam (usu -) ceperit**“. Iſt es nun wohl wahrſcheinlich, daß während der erſte und letzte dieſer drei Fälle die **pro herede usucapio** betreffen, der mittelſte ſich auf etwas ganz Anderes bezogen haben ſoll? —

Aber dabei bleibt doch immer die Schwierigkeit, wie die Worte dieſes mittleren Falles poſitiv zu erklären ſeien, welche von jeher ein Stein des Anſtoßes geweſen ſind [11]). Es muß

---

10) Deßhalb iſt abſichtlich in den Worten qui . . . . . usuceperit plurimum possidendo — dies Wort possidendo um des Nachdrucks willen ans Ende geſtellt.

11) Die Literatur über dieſe Stelle ſ. bei Savigny S. 374 Note 23. — Derſelbe bemerkt ſehr richtig, daß die wortgetreue Ueberſetzung der Stelle einen höchſt bedenklichen Sinn gebe. Wie können die Römer darauf gekommen ſein, zu den sacra den creditor zu verpflichten, welcher von ſeiner Forderung am meiſten rettet, alſo nur den Zuſtand ſeines früheren Vermögens wiederherſtellt? — Und auch als wortgetreu kann dieſer Sinn nicht einmal gelten, da servare, wenn es retten heißt, nur das bedeutet, was man durch Zurückbehalten vor Untergang bewahrt. Hier aber behält der Creditor nichts zurück, ſondern er verſchafft ſich etwas aus einem fremden Vermögen.

dem Urtheile der Kundigen überlassen bleiben, ob folgende Interpretation passend sei.

Servare heißt behalten, bewahren, zurückhalten, und das **servet** bildet gerade den Gegensatz von **ceperit**. Die eigentliche **pro herede usucapio** geschieht nur durch **capere**, Ergreifen, Wegnehmen von Erbschaftssachen, wogegen das Zurückbehalten von Erbschaftssachen nur als eine uneigentliche **pro herede usucapio** aufgefaßt werden kann, welche aber jenem Falle offenbar so nahe steht, daß man sie unbedenklich angenommen haben wird. In der Lage Erbschaftssachen zurückzubehalten, sind aber die Creditoren, denen solche zum Schutz ihrer Forderung als **pignora** in den Besitz gegeben waren. Dieselben konnten ja von bedeutend höherem Werthe sein, als ihre Forderung, und wenn man doch gewiß die **pro herede usucapio** dabei noch viel ehr zulassen durfte, als beim nicht zahlenden Schuldner, so ist auch umgekehrt gar kein Grund, weßhalb man nicht den usucapirenden Gläubiger, soweit der Werth der Sachen die Forderung überstieg, den **sacris** hätte verpflichten sollen.

Die Worte in diesem Sinne zu verstehen, hindert auch nicht, daß doch von **pignora** oder vom **creditor pignoraticius** darin gar nicht ausdrücklich die Rede ist. Es kommt unendlich oft in den Quellen der Ausdruck **creditor** für Pfandgläubiger vor [12]), namentlich wenn es sich aus dem Zusammenhange ergiebt, daß er Sachen des Schuldners in Besitz habe. Und

---

Savigny selbst erklärt die Stelle durch Streichung des „de", — so daß: qui creditoribus ejus plurimum servet den meistbietenden **bonorum emtor** bedeute, welcher durch sein Meistgebot den Creditoren ja auch das Meiste rettet. — Das Gezwungene dieser Ausdrucksweise fühlt er selbst, vermuthet aber darin eine Beziehung auf alte uns unbekannte Formeln, die beim Concurs gebräuchlich gewesen, und jedem Römer den Satz leicht verständlich gemacht haben mögen. — Nach unserer Erklärung von dem Inhalt der **sacra** könnte übrigens überhaupt nur von dem Falle die Rede sein, wenn das insolvente Vermögen eines Verstorbenen verkauft wird. — Im Texte ist eine Erklärung versucht, bei der auch die Streichung des **de** nicht nöthig ist.

12) S. z. B. **fr. 19. pr. de damno inf. fr. 30. de noxat. act.**

Digitized by Google

das ist doch hier offenbar der Fall, indem, wie schon bemerkt, das **qui ullam rem ceperit**, und **qui plurimum servet** absichtlich einander gegenübergestellt wird.

In dieser Weise hat Scävolas Schema einen vollkommenen logischen Zusammenhang. Man hatte zuerst bei der **pro herede usucapio** nur von dem gesprochen, der als ein Occupant die Erbschaftssachen ergreift. Erst mit der Zeit mögen sich die noch weiter ausdehnenden Fälle daran geknüpft haben, wo Jemand Sachen des Erblassers bereits in Besitz hat und nun retinirt, oder gar nur seine Schuld, also einen Gegenstand der gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatte, retinirt. So wäre damit auch gerechtfertigt, was von vorn herein so sehr wahrscheinlich erscheint, daß nämlich diese drei Fälle des Scävola ganz an die Stelle dessen getreten sind, was man bisher im Allgemeinen mit: **si majorem partem pecuniae capiat** bezeichnet hatte.

Fassen wir die dargestellte Rechtsbildung der Pontifen jetzt kurz zusammen, so finden wir, daß nach einem neuen Grundprincipe eine Reihe von Personen den **sacris** successiv verpflichtet wurden, damit nicht aus der Umgestaltung der **pro herede usucapio** ein Schaden für die sehr wichtigen religiösen Gebräuche hervorgehe. — Man könnte bei dieser Rechtsbildung noch Eins vermissen. Die früheren Institute der **cretio** und der alten **pro herede usucapio** hatten, neben anderen Zwecken, auch diesen, daß die **sacra** bald geleistet werden sollten. Auch bei ihnen bildet der Satz, daß eine **successio** von Einer Person auf eine Andere Statt finden solle, den Hauptkern des Institutes, aber es ist daran noch eine bestimmte Frist geknüpft, nach deren Ablauf die **successio** eintritt, so daß also die **cretio** und **pro herede usucapio** wahre Deliberationsfristen enthielten. Dies nun scheint bei den hier besprochenen Regeln der Pontifen nicht der Fall zu sein, und doch war es ihr Interesse, daß nicht bloß sicher (denn das erreichten sie jetzt jedenfalls), sondern daß auch bald ihnen Jemand um der **sacra** willen gegenüberstände.

Jedenfalls leuchtet es ein, daß die Pontifen nicht Fri-

Digitized by Google

sten ansetzen konnten, nach deren Ablauf irgend Jemand des Rechtes, das er sich an der Erbschaft beilegt, verlustig gehen solle. Sie wollen ja überhaupt Niemand Erbrecht beilegen, und aus diesem Erbrecht eine Pflicht zu den **sacra** ableiten, sie lassen dasselbe vielmehr ganz außer Acht, und knüpfen die Last der **sacra** an den, welchem die **pecunia** zufällt. Also bei den Klassen, die sie aufstellen, und die auch nur für das Sacralrecht Bedeutung haben, konnte von Deliberationsfristen gar nicht die Rede sein; nur in der Art lassen sich Fristen hier denken: binnen welcher Zeit die Pontifen das Recht gehabt hätten, bei den verschiedenen successiven Klassen von der einen auf die andere überzugehen, so daß die spätere nicht mehr mit dem Vorhandensein einer früheren sich entschuldigen und den **sacris** entziehen konnte.

Daß nun in der That dergleichen Fristen bestanden haben, läßt sich leicht nachweisen. Was zuerst die (nach Scävolas Eintheilung) zweite Klasse betrifft, so ist oben gezeigt, daß, wenn sie überhaupt vorhanden war, sie mit der ersten zusammen an den **sacra** participirte. Für beide kann also auch nur dieselbe Frist gelaufen sein. — Ihnen gegenüber stehen die letzten drei Klassen wieder unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der **pro herede usucapio**, und darin liegt, daß die Pontifen sich an diese jedenfalls erst nach Ablauf eines Jahres halten konnten. Unter sich aber standen diese drei Klassen nicht in dem Verhältniß, daß die Pontifen erst nach Beendigung einer gewissen Zeit von der einen zur anderen übergehen konnten; denn für eine solche Annahme findet sich weder in der Ciceronianischen Stelle die geringste Andeutung, noch in der Sache selbst ein irgend haltbares Argument. Vielmehr kann es wohl nicht anders gewesen sein, als daß die Pontifen, wenn sich im ersten Jahre ein Erbe anfand, sich an diesen und den allenfalls neben ihm stehenden Legatar hielten, daß sie aber nach Ablauf dieses Jahres sich gleich an den Besitzergreifer, bei dessen Nichtvorhandensein an den Pfandgläubiger, und wenn auch ein solcher nicht da war, an die Erbschaftsschuldner wandten. Es läßt sich auch nicht gut denken, daß diese drei Usucapienten sich damit hätten entschuldigen können, daß jetzt nach Ablauf des Jahres noch ein **heres** erschienen sei, welcher nun

d by Google

wenigstens doch an den **sacra** mit Theil nehmen müsse. Da einmal die Sacralpflicht an das Innehaben der **pecunia** geknüpft war, und da sie, die Usucapienten, davon jedenfalls den größten Theil in Händen hatten, so lag ihnen auch durchaus die damit verbundene Pflicht ob; und wenn man auch mit Rücksicht auf das frühere Civilrecht den **heres** vor Allen den **sacris** adstringirt erachtete, so konnten jene sich denselben doch auf keinen Fall ganz entziehen, vielleicht sogar hat man den **heres**, da er doch einmal den größten Theil des Vermögens verloren habe, von seiner Verbindlichkeit völlig freigesprochen.

§. 9. Die Pontifen hatten, wie nunmehr gezeigt ist, sich selbst geholfen, seitdem ihnen die spätere Gestalt der **pro herede usucapio** keinen Schutz für die **sacra** mehr gewährte; sie hatten dies auf dem Grunde eines Principes gethan, welches lediglich für ihren Zweck brauchbar, zu einer Ausdehnung für das Interesse anderer Personen nicht geeignet war.

So hatte namentlich bisher das Interesse der Erbschaftsgläubiger mit dem der Pontifen gleichgestanden, beide mußten nach der Regel des Civilrechts vom **heres** gleichmäßig befriedigt werden. Als daher die **pro herede usucapio** kein Erbrecht mehr ertheilte, hatten die Creditoren ebensowohl wie die Pontifen denjenigen verloren, an den sie sich stets halten konnten, wenn der eigentlich berufene **heres** sich der Erbschaft nicht annahm. Ebensowenig aber wie das neue an die Stelle tretende Recht der Pontifen für sie paßte, konnte auch von ihnen selbst irgend eine rechtsbildende Thätigkeit, um sich Schutz zu gewähren, ausgehen.

In Rücksicht auf die **sacra** hatte man sich es gefallen lassen, daß die Verpflichtung zu denselben nicht mehr aus dem Rechte des Erbeseins, der ideellen **hereditas**, sondern aus dem Innehaben des Vermögens, also der reellen **hereditas** abgeleitet werde, aber für die Bezahlung der Schulden konnte man dies unmöglich zugeben. Die **sacra** waren an die **sepulcra** geknüpft, bei diesen aber konnte man, als bei einer körperlichen Sache, kein Bedenken an einer Uebertragbarkeit derselben von einer Person auf eine andere finden. Bei Forderungen und Schulden aber war der allgemeine Satz, daß,

Digitized by Google

wenn sie überhaupt dieselben bleiben sollen, eine Uebertragung in eine andere Hand unmöglich sei. Eben deßhalb nahm man, um den **heres** in Forderungen und Schulden eintreten lassen zu können, ihn gar nicht als eine andere Person, sondern als Fortführer der Persönlichkeit des Erblassers an.

Darin liegt aber auch, daß es nicht möglich war, eine andere Person auszudenken, an die sich die Erbschaftsgläubiger in Ermangelung des eigentlichen **heres** hätten halten können. Wenn ihnen Schutz gewährt werden sollte, so mußte es ein Institut sein, das, ebenso wie die alte **pro herede usucapio**, im Falle der Säumigkeit des wahren **heres** einen Anderen, gerade in der Eigenschaft eines **heres**, in dessen Stelle succediren ließ. —

Indessen war dies Interesse der Creditoren keineswegs das Einzige, was eines besseren Schutzes und einer umsichtigeren Organisirung des positiven Rechtes bedurfte. Es ist oben (§. 2.) bereits hervorgehoben worden, wie aus dem Mangel von Deliberationsfristen und einer nach deren Verlauf eintretenden **successio** der folgenden Klasse der große Uebelstand hervor ging, daß überhaupt für diese folgenden Klassen nur ein höchst unsicherer Erbschaftserwerb möglich war. Allerdings wurde dem bereits durch die **cretio** und die **pro herede usucapio** halb und halb abgeholfen, indem jetzt doch der Testator mit Hülfe der auf die **cretio** gebauten Substitutionen mehre Klassen successive zur Erbschaft rufen, und auch wenn er dies unterlassen hatte, eine spätere Intestatklasse mit Hülfe der **pro herede usucapio** zur Erbschaft gelangen konnte (s. §. 7. im Anfange). Aber ich habe bereits bemerkt, wie diese Succession einer späteren Klasse in das Recht des voranstehenden, aber hinweggefallenen **heres** doch noch gar nichts Sicheres war, indem den späteren Klassen kein direct verfolgbares Recht der **successio** zustand, sondern sie vielmehr von dem zufälligen Factum der Besitzergreifung der Erbschaftssachen abhingen, worin ihnen jeder Dritte zuvorkommen konnte.

War also dies schon an und für sich ein höchst mangelhaftes Recht, so wurde dasselbe nun gar mit dem Beginn der zweiten Periode der **pro herede usucapio** ganz aufgehoben,

Digitized by Google

indem freilich eine spätere Klasse das Eigenthum der in Besitz genommenen Erbschaftssachen erlangen, nie aber eine eigentliche **successio** d. h. ein völliges Eintreten in das Recht des zuerst Berufenen in Anspruch nehmen konnte. Und es ist doch so äußerst billig, daß wenn einer früheren Klasse die Erbschaft vergeblich deferirt worden ist, dies ebenso angesehen werden müsse, als sei sie von Anfang an nicht vorhanden gewesen, daß also die spätere Klasse eintreten müsse, als wenn ihr gleich anfänglich die Erbschaft deferirt worden wäre. —

Aus diesen Gründen muß oft der Fall vorgekommen sein, daß wenn der Testator durch Substitutionen nicht vorgebaut hatte, das Vermögen erblos wurde, auch wenn noch aus den civilrechtlichen Erbklassen genug Personen vorhanden waren, welchegern die Erbschaft erworben hätten. Es fragt sich, was nun die Creditoren gethan haben werden, die ganz schutzlos dastanden? Sie werden sich factisch selbst geholfen, und sich aus den **bona vacantia** bezahlt gemacht haben, auf welche in dieser Zeit ein Recht des Aerarium noch nicht bestand [1]). Dabei bildete sich ein gewisses vom Prätor geleitetes Verfahren, über welches endlich vom Prätor Rutilius bestimmte Regeln ins Edict aufgenommen wurden (ums Jahr 649.) [2]), wobei wir übrigens, wie schon mehrfach bemerkt worden ist [3]), vermuthen dürfen, daß dies Verfahren bereits geraume Zeit vor Aufnahme ins Edict in Gebrauch gewesen sei.

Diese Besitznahme der Güter mußte schon deßhalb verhaßt sein, weil dadurch der gute Name des Verstorbenen afficirt wurde, und wenn man bedenkt, wie nahe es lag, den angegebenen Uebelständen entgegenzutreten, kann es wahrlich nicht in Erstaunen setzen, wenn wir das helfende Rechtsinstitut nun in der That ins Leben eingeführt finden. —

§. 10. Die beiden im vorigen § dargestellten Rechtsmän-

---

1) Es ist dies erst durch die lex Iulia und Papia aufgekommen. Ulp. XXVIII. 7.

2) Gai. IV. 35.

3) Püggé im Rhein. Mus. II. 90. Bayer Concurs-Proc. S. 17.

Digitized by Google

gel sind der Art, daß die Abhülfe des einen zugleich auch die des anderen enthält. Man wollte nämlich ein Institut, welches sicher und bald den Creditoren den **heres** gegenüberstellte. Man wollte aber auch dem civilrechtlichen Satze entgegentreten, daß unter den verschiedenen **ordines** keine **successio** sei, um das Vacantwerden der **bona** zu verhindern.

Beide Punkte ließen sich durch eine umsichtigere Fortbildung des schon in der **cretio** und **pro herede usucapio** liegenden Gedankens sehr leicht erreichen. Aber ehe wir fragen, **wie** das neu einzuführende Rechtsinstitut gestaltet sein mußte, ist nach der Quelle zu forschen, aus der dasselbe am besten hervorgehen konnte. Die Sache zum Gegenstande einer **lex** zu machen, wie dies vielleicht bei der **pro herede usucapio** der Fall gewesen war, lag nicht sehr nahe, da überhaupt die Römer bei rein privatrechtlichen Gegenständen karg mit Gesetzen waren. Und gerade die **pro herede usucapio** sehen wir noch lange in ihrer zweiten Gestalt fortbestehen, worin sie doch den Zweck, um dessentwillen sie eingeführt war, gar nicht mehr erfüllte. Wenn man nun durch eine **lex** den anfänglichen Gedanken der **pro herede usucapio** fortgebildet hätte, so würde es nicht zu erklären sein, weßhalb man nicht sogleich die jetzt zwecklose **pro herede usucapio** aufgehoben haben sollte. Endlich aber geht daraus, daß wir die Pontifen um der **sacra** willen sich selbst Recht schaffen sehen, hervor, daß man auch nicht an ein Einschreiten der Gesetzgebung zum Schutze der Creditoren dachte, weil dann zugleich dem Interesse der Pontifen Genüge geleistet worden wäre.

Noch weniger aber, wie an eine **lex**, darf man daran denken, daß hier ein gewohnheitsrechtliches Institut wie die **cretio** habe entstehen können. Etwas das sich durch den Willen der Testatoren feststellen ließ, konnte allerdings Gegenstand des Gewohnheitsrechtes werden. Dagegen ist hier von einem Institute die Rede, welches auch hauptsächlich für die Intestaterbfolge Wirkungen haben sollte, und da nun die Erbprätendenten und die Creditoren von ganz verschiedenen Interessen geleitet wurden, so war die zur Bildung eines Rechtssatzes nöthige Volksübereinstimmung von selbst nicht wohl zu erreichen. Es mußte der Impuls von Seiten eines Oberen hin-

Digitized by Google

zukommen, welcher den verschiedenartigen Interessen mit gehöriger Umsicht den rechten Platz anweisen konnte. Und das ist bei den Römern der Prätor.

Dem Prätor also lag es ob, eine der cretio und pro herede usucapio ähnliche Rechtsregel einzuführen, wodurch dem heres eine Deliberationsfrist gesetzt würde, nach deren unbenutztem Ablauf ein Anderer in dessen Stelle succediren könnte, eine Rechtsregel, die einestheils nicht wie die cretio auf eine Art der Succession beschränkt, und anderntheils nicht dem Tadel unterworfen sein durfte, welchem die pro herede usucapio in ihrer älteren Gestalt ausgesetzt war.

Hiernach läßt sich die Rechtsänderung, welche die Umstände dringend genug forderen mogten, in folgende Punkte fassen.

1) der Prätor mußte mit Anberaumung gewisser Deliberationsfristen eine Succession unter allen ordines des Civilrechts einführen,

2) er mußte vor Allem durch Darbietung von Vortheilen den vom Civilrecht selbst gerufenen heres zur Antretung der Erbschaft innerhalb der ihm dargebotenen Frist zu bewegen suchen; war dagegen diese Frist abgelaufen, so mußte er den folgenden ordo zur Erbschaft rufen, um den säumigen heres namentlich den Creditoren gegenüber zu repräsentiren.

3) Indessen konnte diesem Successor doch nur ein solches Recht ertheilt werden, daß, sobald der wahre heres noch vorhanden war, er das seinige immer noch gegen jenen geltend machen durfte.

Durch diese Sätze war offenbar den Mängeln der alten pro herede usucapio ausgewichen. Sie hatte jeden beliebigen dritten zur Erbschaft gerufen, während nun die successio den späteren ordines des Civilrechtes angeboten wurde, welche doch, sobald der wahre heres sich nicht meldete, nach Billigkeitsgrundsätzen die meisten Ansprüche auf die Erbschaft hatten. Ferner ward jetzt eine zu große Dissipation des Vermögens vermieden, welche bei der pro herede usucapio so leicht entstehen konnte. Endlich aber war ein Punkt erreicht worden, der sich aus der beschränkten Macht des Prätors von selbst ergiebt,

Digitized by Google

und einen großen Vorzug vor der **pro herede usucapio** enthält. Wenn nämlich der Prätor eine **successio** einführte, so konnte er damit unmöglich dem civilen **heres** sein Erbrecht ganz entziehen, vielmehr mußte dieser noch immer gegen den **successor** die **hereditatis petitio** anstellen könen. Also durch den Ablauf der Deliberationsfrist und das Eintreten des **successor** war jetzt ebenso wie bei der **pro herede usucapio** Jemand gefunden, der den Creditoren gegenüberstand, ohne daß doch, was sehr hart erscheinen mußte, dem säumigen **heres** sein Erbrecht völlig genommen wäre.

Was hiermit nur hypothetisch als der Inhalt einer vom Prätor vorzunehmenden Rechtsänderung hingestellt ist, das finden wir wirklich bei den Römern eingeführt, und wir können darin den Ursprung der gesammten **bonorum possessio** erkennen, eines Institutes, das nach und nach auf alle Theile des Erbrechtes einen so wesentlichen Einfluß ausgeübt hat, und um dessentwillen gerade hier diese ganze Voruntersuchung angestellt worden ist. Die Beweise, aus denen sich dieser Ursprung ergiebt, müssen jetzt sogleich zur Prüfung vorgelegt werden.

§. 11. — I. Wir finden in dem vollkommen ausgebildeten System der **bonorum possessio** einen eigenen Abschnitt, das **successorium edictum** genannt, [1]) wodurch gewisse Deliberationsfristen eingeführt worden waren [2]), in denen succesiv den verschiedenen **ordines** des Civilrechts die Erbschaft angeboten wird. Des Civilrechts sage ich, denn in dem Begriff des **successorium edictum** liegt nur, daß unter den bestehenden Erbklassen eine gewisse Reihenfolge Statt finden solle, von einer Aufstellung neuer Prätorischer **ordines** ist darin noch nichts angedeutet. Letztere muß viel-

---

1) Tit. Dig. XXXVIII. 9.

2) fr. 1. §. 12. in fine. eod. — si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. —

Digitized by Google

mehr noch besondere Veranlassungsgründe gehabt haben, und es ist möglich, daß dieselben in eine spätere Zeit fallen, als in welcher das **successorium edictum** eingeführt wurde. Alsdann aber mußte es sich anfangs lediglich auf die civilrechtlichen Klassen beziehen, mithin bloß eine Abänderung des civilrechtlichen Satzes, daß unter ihnen keine **successio** statt finde, bezwecken.

Wenn also die Möglichkeit fest steht, daß es ein **successorium edictum** gab, ehe noch vom Prätor neue Erbklassen eingeführt waren, so ist doch aber von der anderen Seite sein Bestehen nicht ohne die Annahme folgender Sätze denkbar:

Das Civilrecht ruft immer nur eine Klasse der **heredes**. Wenn aus der früheren Jemand vorhanden ist, so kann Niemand aus der folgenden Ansprüche auf die Erbschaft machen, er kann gar nicht **heres** genannt werden. Ja vielleicht läßt sich dieser Satz, wie später noch genauer untersucht werden wird, auch ganz allgemein für den Fall annehmen, wenn selbst der früher Berufene durch Tod oder Verzicht wieder hinweggefallen war. Indem jetzt der Prätor auch beim Vorhandensein eines Anderen früher Gerufenen eine **successio** eintreten läßt, so kann er den **successor** nie zum **heres** machen, und dadurch jenem sein Erbrecht entziehen. Aber da er doch Jemanden haben will, der gegen dritte Personen den wahren Erben repräsentire, so mußte er ihn nothwendig als **heres** fingiren. Durch diese Fiction, dergleichen ja der Prätor so häufig sehr passend anwandte, sehen wir auch hier auf die natürlichste Weise den Zweck erreicht, daß die Erbschaft als ein Ganzes sicher und bald an die rechten Personen gelangte. Denn hielt der wahre **heres** selbst die Deliberationsfrist ein, so fiel Fiction und Wirklichkeit zusammen, und um dies in der That zu erreichen, mußten ihm Vortheile geboten werden, welche alsbald ausführlicher zu besprechen sind. Ließ aber der **heres** die Frist verstreichen, so fingirte der Prätor den Folgenden als den **heres**, d. i. er gab ihm die factische Herrschaft über die Erbschaft (**bonorum possessio**), und die Macht damit als Erbe zu schalten, also die Erbschaftssachen einzufordern, die Schulden zu tilgen, und die Schuldner aus-

Digitized by Google

zuklagen. Gab es ein wirksames Mittel den wahren **heres**, falls er überhaupt wollte, zur Geltendmachung seines Rechtes, das ihm noch immer nicht entzogen war, zu treiben, so war es dies. Unterblieb aber, sei es aus welchem Grunde, diese Einforderung, so befand sich die Erbschaft in Händen derer, welchen man sie offenbar am ersten gönnen mußte, und es war ein Vacantwerden der **bona** verhindert.

Diese Sätze folgen, wie ich nicht anders einsehen kann, mit Nothwendigkeit, aus dem fingirten Erbrechte des **bonorum possessor**, diese Fiction aber folgt wieder unzweideutig aus der Aufstellung eines **successorium edictum**. — Sobald man nun die Richtigkeit dieser Argumentation zugiebt, so ist damit auch, wie leicht einzusehen, der Beweis geliefert, daß das **successorium edictum** den Ursprung der **bonorum possessio** in sich faßt. Denn die eben aufgestellten Sätze enthalten, wie aus der weiteren Darstellung dieses Buches hervorleuchten wird, den Kern des gesammten Systems der **bonorum possessio**. Wenn nun aber das **successorium edictum** mit Allem, was es nothwendig in sich begreift, zugleich das Institut ist, welches von allen Römischen Rechtsinstituten allein geeignet ist, den Rechtsmängeln abzuhelfen, welche nach unserer bisherigen Darstellung das ältere Recht enthielt, und deren Abhülfe ein dringendes Bedürfniß war, so muß es doch wohl zur Abstellung dieser Mängel eingeführt sein, und so die ganze **b. p.**, deren Kern in ihm enthalten ist, hervorgerufen haben. Wogegen die übrigen Theile der **b. p.**, welche noch andere, im **successorium edictum** nicht liegende Veranlassungsgründe voraussetzen, dann nur als *spätere* Zusätze zu dem schon außerdem bestehenden Institute aufgefaßt werden können. —

Es ist nicht unwichtig diese Art der Beweisführung sogleich im Allgemeinen mit denen zu vergleichen, welche bisher in so großer Anzahl über den Ursprung der **b. p.** geliefert worden sind.

Ich glaube aus den Quellenzeugnissen und der Natur der Verhältnisse nachgewiesen zu haben, daß es ein Bedürfniß der damaligen Zeit war, für den aus den 12 Tafeln berufenen nächsten Erben, nach einer bestimmten Deliberationsfrist, eine

Digitized by Google

successio zu haben, indem das eine zu diesem Zwecke eingeführte Rechtsinstitut in zu enge Gränzen eingeschlossen, das andere allgemeinere, wegen seiner unjuristischen Grundlage wieder hinwiggefallen war. Der successorius edictum genannte völlig bieses Bedürfniß, und weil ich auch dem succ. ed. die ganze hon. poss. glaube entwickeln zu können, so setze ich in daßselbe auch den historischen Ursprung des Ganzen.

Dieselbe Art der Beweisführung liegt nun auch allen anderen Ansichten über die Entstehung der bon. poss. zum Grunde. Directe Quellenzeugnisse konnten zum Beweise desselben nicht gefunden werden, da keine dem für die Alteren Zeiten ein Mangel des Civilrechts, von dem wir nicht direct wissen, wie ihm abgeholfen sei, es wurde ein Satz der b. p. gesucht, der geeignet war, diesem Mangel abzuhelfen, und es wurde dann versucht aus diesem Satze das ganze Institut her b. p. abzuleiten, so daß er auch historisch als bestes Anfangspunkt gelten könne.

Gegen die Art bieses durch eine Combination geführten Beweises ist an sich durchaus Nichts einzuwenden; aber die Güte her einzelnen Durchführung derselben hängt natürlich von der Deduction jener vorausgegangenen Mängel, und von der größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit ab, wie auch der Abstellung solcher Mängel sich die gange b. p. entwickeln konnte.

§. 12. — II. Es stehen unserer Ansicht indeß noch andere Argumente zur Seite, als ein aus der inneren Natur der Verhältnisse abgeleiteter Combinationsbeweis. Vor Allem scheint mir folgende Betrachtung von nicht geringem Gewichte:

Es ist auch aus anderen Theilen des Römischen Rechtes zu ersehen, besonders aber im Erbrechte gar nicht zu verkennen, daß der Prätor, wie zu auch ganz natürlich war, streng an bestehenden jus civile festhielt. Nur wo eine offenbare Härte sich herausstellte, suchte er durch eine geringe Veränderung schon bestehender Rechtssätze die juris scrupulositas zu entfernen, und so sind alle von ihm aufgebenden bedeutenden

Digitized by Google

Rechtsänderungen nur schrittweise vor sich gegangen. Indem dies Verfahren, das mit Nothwendigkeit aus den Gränzen der prätorischen Amtsbefugnisse folgt, die Garantie war: daß das Römische Recht in einer so durch und durch vollendeten Weise fortgebildet wurde, ist es auch unsere Pflicht, wenn wir dem Gange der Römischen Rechtsentwicklung nachspüren, und uns stets auf sicherem Boden befinden wollen, jenes Princip, das der Prätor stets befolgte, nie aus den Augen zu lassen.

Hiernach scheint mir z. B. der Gedanke, die **b. p.** sei eingeführt, um Personen, die bisher noch gar kein Erbrecht hatten (wie die Cognaten), ein solches zu verleihen, in sich selbst unwahrscheinlich [1]). Es war Nichts vorhanden was mit dieser Rechtsänderung so nahe in Verbindung stand, daß sie daran auf eine leichte Weise angeknüpft werden konnte, indem die Behauptung, als sei die **b. p.** Nichts als die Verleihung einer **pro herede usucapio** gewesen, sich nicht wohl rechtfertigen läßt. Der Prätor würde ja hier eine **pro herede usucapio** eingeführt haben, welche begönne, nachdem doch nothwendig den Civilerben Fristen gesetzt und abgelaufen wären, also zu einer Zeit, wo die civilrechtliche **usucapio pro herede** eines jeden Dritten schon erreicht sein mußte, jene also ihren Zweck verfehlte. Außerdem aber scheint es mir nicht denkbar, wie sich aus dieser bloßen Verleihung der Usucapionsbefugniß auch in noch so langer Zeit die Gestalt der **bonorum possessio**, wie sie später doch unzweifelhaft ist, habe entwickeln können, worin eine gleich vom Anfange ihrer Ertheilung an geltende **fictio heredis** lag. Denn diese Fiction enthält, wie noch ausführlicher gezeigt werden wird, keineswegs den Character einer vollendeten Usucapion, so daß man sie etwa mit der **Publiciana actio** in eine Reihe stellen könnte.

Bei unserer Ansicht dagegen sehen wir auf eine ganz auffallende Art, wie der Prätor an bereits geltende Rechtssätze seine nothwendige Neuerung anknüpfte. Dem Mangel einer

---

1) Es muß später von dieser Savignyschen Ansicht — (Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 14. ff.) noch ausführlicher die Rede sein.

Digitized by Google

nach Ablauf der Deliberationsfrist eintretenden **successio** war durch die hunderttägige Cretionsfrist und durch die aus der **pro her. us.** hervorgehende Jahresfrist einstweilen abgeholfen worden. Jetzt wo an der Stelle der **pro herede usucapio** ein anderes auch das Gebiet der **cretio** umfassendes allgemeines Rechtsinstitut nöthig wurde, finden wir in dem **successorium edictum** dieselben Fristen von hundert Tagen und einem Jahre wieder [2]). Freilich nicht in allen Punkten mit den Bedingungen jener Fristen übereinstimmend, denn darin lagen auch gerade die Mängel. Vielmehr kehrte der Prätor es um; während vorher nur ein Theil der testamentarischen Erben unter der Frist von 100 Tagen gestanden, die übrigen durch das Usucapionsjahr beschränkt waren, gab er nun bloß den **parentibus et liberis** die jährige Zeit, den Uebrigen, alle Testamentserben mit inbegriffen, nur die 100 Tage [3]).

Sollten wir aber diese, durch die angegebenen Verschiedenheiten keineswegs geschwächte Uebereinstimmung in den Fristen einem merkwürdigen Zufall zuschreiben? Oder sollen wir nicht vielmehr sagen, daß der Prätor, indem er die Mängel des bisherigen Civilrechtes verbessern wollte, gerade an diesem Punkte seine Rechtsänderungen anknüpfte? Daß eben diese Fristbestimmung mit der damit vereinten **successio** das ursprüngliche Institut war, aus dem sich das ganze System der **b. p.** entwickelt hat? — Wer die **b. p.** aus einem ganz anderen Principe herleitet, etwa aus der Verleihung einer bloßen **pro herede usucapio**, und sich das **successorium edictum** vielleicht erst später hinzugekommen denkt, der kann und darf sich jenes merkwürdige Zusammentreffen doch immer nur als Zufall oder etwa als kleinliche Nachahmung civilrechtlicher Normen, aus der aber gar kein innerer Zusammenhang folge, erklären. Aber auf bloße Spielereien sich einzulassen, war nicht des Prätors Sache.

---

2) Schon die Titelüberschrift des Theodosianischen Codex **IV. 1, de cretione vel bonorum possessione** deutet auf den Zusammenhang beider Institute, und vielleicht hat dieser Titel ursprünglich nicht bloß eine einzige Stelle enthalten.

3) **fr. 1. §. 8—16. de succ. edicto.**

Digitized by Google

III. Hieran knüpft sich ein anderer nicht minder wichtiger Punkt, der sich aus einer genaueren Zusammenhaltung der **cretio** zur **bon. poss.** ergiebt.

Savigny hat mit gewohntem Scharfsinn darauf aufmerksam gemacht, daß die Berechnung des **utile tempus** eine verschiedene ist bei der Klagverjährung und bei der **bonorum possessio** [4]). Bei jener werde nur darauf gesehen, ob Jemand **experiundi potestatem** habe, also bloß auf die äußeren Hindernisse, welche der Klaganstellung entgegenstehen [5]). Dagegen auf das innere Hinderniß, das bloße Nichtwissen, daß eine **actio nata** sei, wird gar nicht in der Art gesehen, daß es für **utile tempus** von Bedeutung wäre, also daß diese Zeit des **nescire** gleich von der laufenden Frist abgerechnet würde. Dagegen steht bei der **bonorum possessio** das **nescire** dem **non posse** gleich [6]).

Savigny erklärt diesen Unterschied aus dem allgemeinen Grunde, daß „wer über sein Klagrecht unwissend sei, in der Regel dem Vorwurf der Nachlässigkeit unterliege, anstatt daß Keiner den Beruf habe, den Erbschaften nachzuspüren, die ihm etwa zufallen mögten". Allein es ist die Frage, ob dieser Erklärungsgrund hinreiche, um die so ganz allgemeine Unterscheidung zu rechtfertigen. Denn, wie Savigny selbst (durch die Worte: in der Regel) zugiebt, lassen sich doch leicht Fälle denken, in denen Jemand ohne alle Nachlässigkeit nichts von seinem Klagrechte weiß, und umgekehrt scheint mir die Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger so wichtig, daß dagegen je-

---

4) System. IV. S. 434 ff.

5) fr. 1. de divers. temp. praescr.

6) fr. 2. pr. quis ordo. — Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint; scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacumque die nescierit aut non potuerit nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. — Ganz so schroff, wie es von Savigny geschieht, darf indeß der Unterschied doch nicht aufgestellt werden, indem Fälle vorkommen, in denen auch das nescire unter das experiundi potestatem non habere gestellt wird. fr. 6. de calumniator. — Indeß kann hierauf nicht weiter eingegangen werden. S. Puchta Pand. (2 Ausg.) §. 76. Note d.

Digitized by Google

ner Sittlichkeitsgrundsatz, Niemand dürfe nach Erbschaften spüren, leicht in den Schatten treten konnte. Daher glaube ich, obgleich jener Grund keineswegs ganz geleugnet werden soll, daß er doch nicht Kraft genug gehabt hätte, den ganzen Unterschied bei der Berechnung des **utile tempus** allein hervorzurufen.

Dagegen bietet sich aus dem angegebenen Ursprunge der **bonorum possessio** ein historischer Erklärungsgrund dar, welcher eben die Richtigkeit dieses Ursprunges in klares Licht zu stellen scheint. Die **cretio** hatte sich durch die Gewohnheit so gestaltet, daß die meisten Testatoren den **heres** folgendermaßen einsetzten:

> **Titius heres esto, cernitoque in diebus proximis centum, quibus scies poterisque** [7]).

Eben weil diese Formel die gewöhnlichste war, wurde sie die **vulgaris cretio** genannt; und indem nun der Prätor ein Institut einführte, welches auch das Gebiet der **cretio** umfassen sollte, indem er von ihr die hunderttägige Frist entlehnte, kann es uns Wunder nehmen, daß er auch die Eigenthümlichkeit der Fristberechnung recipirte, welche indeß auf Klagverjährung in dieser Weise auszudehnen, gar kein Grund vorhanden war. Oder sollte auch diese Uebereinstimmung ein merkwürdiger Zufall sein? —

Ferner aber scheint die aufgestellte Ansicht vom Ursprunge der **bon. poss.** geeignet, die Räthsel zu lösen, welche uns die Geschichte der **cretio** darbietet [8]), und dadurch muß wiederum jene einen neuen Halt gewinnen.

Hugo's ungetrübter Blick bemerkt bei der **cretio** folgengende Schwierigkeiten, welche ich nicht besser als mit seinen eignen Worten wiedergeben kann:

> „Irgend etwas Besonderes muß aber noch bei der cre„tio gewesen sein, was wir nicht mehr wissen. Warum „kam sie in dem vierten Zeitraume ab, und zwar ehe „das Inventarium sie einiger Maßen unnöthig machte? —

---

7) **Ulp. XXII. 33. Gai. II. 165.**

8) **S. oben §. 3 am Ende.**

Digitized by Google

„Warum hätten die Römischen Testirer sich damals „die Mühe gegeben, zu bestimmen, in welcher Zeit der „heres sich erklären sollte, da dies doch in der Folge „nicht mehr geschah, und auch bei uns nicht mehr ge„schieht, wenn der Testamente gleich nicht wenigere sind? „Daß der bloße, bei uns schon dem Rechte nach Statt „findende Zwang sich zu erklären, etwa auch das In„ventarium, es geändert habe, ist doch nicht wahrschein„lich.

Es ist nicht meine Sache zu entscheiden, ob die Antwort, die ich auf diese Fragen zu geben vermag, genügend sei. Da die **cretio** vom Willen der Testatoren abhing, also nicht einmal für die ganze testamentarische Erbfolge eine Deliberationsfrist gewährte, so war die **pro herede usucapio** wohl absichtlich so ganz allgemein gefaßt worden, damit in jedem Falle, auch wenn der Testator nichts darüber angeordnet hatte, für die testamentarische Succession eine Deliberationsfrist eintrete. Indem jetzt das **successorium edictum** den Platz ausfüllen sollte, der durch Aufhebung der **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt leer geworden war, mußte es nothwendig auch zur **cretio** in dasselbe Verhältniß treten, als die **pro her. us.** gestanden hatte; d. h. es mußte allgemein für die testamentarische Erbfolge anordnen, was bisher nur im Willen der Testatoren gelegen hatte. Der Prätor konnte diesen Satz noch viel sachgemäßer durchführen, als durch die **pro herede usucapio** geschehen war, recipirte also die Cretionsfrist ganz und gar auch über die testamentarische Erbfolge hinaus, und ließ nur für **parentes et liberi**, die Jahresfrist der **pro herede usucapio** bestehen.

Indem nun also schon dem Prätorischen Edikte gemäß die Deliberationsfrist lief, so war dadurch die besondere Anordnung der Cretion in gewiß sehr vielen Fällen unnöthig geworden. Aber erhalten mußte sich das Institut doch noch immer, um Substitutionen vornehmen zu können [9]), und um ganz sicher den Erben in eine Deliberationsfrist zu zwängen,

9) Unter diesem Gesichtspunkte wird es hauptsächlich von Gaius und

Digitized by Google

welcher ja sonst die Agnition der b. p. hätte vermeiden können, und dann doch für die civilrechtliche Antretung der hereditas in keine Zeit eingeschränkt war. — Aber in der Kaiserzeit verlor sich der Satz, daß eine Substitution nur durch Anordnung einer **cretio** möglich sei, namentlich da schon seit Marcus der **cum cretione** Instituirte auch durch bloße **pro herede gestio** den Substituten ausschließen konnte [10]). So kam eine viel freiere Form der Substitution auf, wie sie Modestin in **fr. 1. §. 1. de vulg. et pup. subst.** vorträgt. Und auch der andere Fall, in dem man von der **cretio** noch neben der **bonorum poss.** Gebrauch machte, mußte sich verlieren, als in der späteren Kaiserzeit die Agnition der b. p. sich immer mehr der civilrechtlichen Erbantretung näherte, also auch nicht mehr davon die Rede sein konnte, daß ein Berufener der b. p. auszuweichen, und sich auf sein Civilrecht zu beschränken Grund gehabt hätte.

Freilich können diese Punkte hier noch nicht weitert erörtert werden, aber das wird wenigstens aus dem Gesagten hervorleuchten, daß die Geschichte der **cretio** sich an die der **bonorum possessio** knüpfe, und daß jemehr die Letztere an Umfang gewann, jene ebensoviel verlieren mußte, bis sie zuletzt völlig unterging. Daraus werden wir auch schließen dürfen, daß die b. p. schon in ihrem Ursprunge mit der **cretio** in Zusammenhang gestanden habe.

§. 13. — IV. Einen ferneren Beweis für die aufgestellte Ansicht, daß das successorium edictum den Ursprung der b. p. enthält, finde ich in dem Ausdrucke selbst. Derselbe ist von den Juristen aufgebracht worden, aber in ihm ist schon ausgedrückt, daß die Rechtsregel, welche damit bezeichnet wird, nicht erst durch Schlußfolgerungen der Juristen aus anderen Bestimmungen des Edictes abgeleitet sein kann. Vielmehr da sie selbst edictum genannt wird, muß sie einen eigenen Abschnitt, ein eigenes Capitel des ganzen Edictes ausgemacht

---

Ulpian aufgefaßt, welche die Substitution gleich bei der Cretion abhandeln.

10) Ulp. XXII. 31. — cf. Gaius II. 177. —

haben. So finden wir in allen anderen Fällen mit dem Worte **edictum** nur Rechtsregeln bezeichnet, welche, wenn sie auch mit anderen Theilen des ganzen Edicts zusammenhängen, doch in sich etwas Selbständiges, so zu sagen, eine eigene Lehre bilden, wie **Carbonianum edictum, edictum de conjungendis etc.** Danach kann ich nicht glauben, daß wenn die **bonorum possessio** aus einem Principe eingeführt wäre (z. B. um den Cognaten Erbrecht zu verleihen), wobei sich nur als ein Nebenpunkt die Bestimmung gefunden hätte, daß diese Cognaten erst nach den Civilerben rangiren sollten, daß hier dieser Nebenpunkt ein eigenes **edictum** genannt worden wäre. Er würde so nothwendig aus dem Hauptpunkte, welcher in der That den Ursprung der b. p. enthielte, folgen, daß eine Hervorhebung desselben als einer selbständigen Lehre gar keinen Sinn hätte.

Wenn also mit dem Ausdrucke: **successorium edictum** die Annahme nicht zu vereinigen ist, daß dasselbe als Nebenpunkt zugleich mit der eigentlichen historischen Grundlage der b. p. eingeführt wäre, so läßt sich noch weniger möglich denken, daß es erst später als ein selbständiges Institut zu der schon bestehenden b. p. hinzugekommen sei. Allerdings wird gerade ein solcher späterer besonderer Zusatz vorzugsweise **edictum** genannt; aber das **successorium edictum** enthält eine Rechtsregel, von der es einleuchtet, daß ihre Einführung eine völlige Revolution in der bisher etwa schon bestehenden b. p. hätte hervorbringen müssen, daß das früher vorhandene Institut etwas ganz Anderes gewesen wäre, als was es durch das Hinzukommen des **succ. ed.** wurde. Denn dieses greift in alle Theile der b. p. ein, und deren Hauptsätze sind nothwendig durch dasselbe bedingt. So hat denn auch jeder Beweis, der den späteren Ursprung des **succ ed.** voraussetzte, an der Schwierigkeit scheitern müssen, eine Brücke über jene Kluft zu bauen, welche zwischen dem, was man als früher Bestehendes vermuthete, und dem, was nachher bestand, in der Mitte liegt, und die doch überschritten werden muß, da sich jenes in dieses umgebildet haben soll [1]).

1) Dies gilt namentlich von der Fabricius'schen Ansicht, welcher noth-

Digitized by Google

Wenn nun aber das **successorium edictum** nicht Theil der **bonorum posesssio** sein kann, welche doch einen anderen Ursprung gehabt hätte, so bleibt nichts übrig, als daß es selbst der Anfangspunkt der **bonorum possessio** gewesen sein müsse.

Dieses Resultat wird auffallend dadurch bestätigt, daß wir in unseren Quellen den Ausdruck **successorium edictum** ganz augenscheinlich in dem weiteren Sinne gebraucht finden, daß dadurch nicht bloß die Feststellung einer **successio** nach Ablauf gewisser Fristen, sondern das ganze, sich auf das Prätorische Erbrecht beziehende Edict, also die gesammte **bonorum possessio** bezeichnet wird. Namentlich gehört hieher **Ulpian fr. XXVIII. 12:**

> **Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris.**

Fabricius, der Einzige, bei dem ich dies bemerkt finde, aber ohne daß er Belegstellen anführt, vermuthet daraus, daß dies vielleicht „die alte ächtrömische Bedeutung gewesen sein möge." [2]) Er scheint dies, wenn man ihm nicht einen schneidenden Widerspruch gegen seine eigene Ansicht vom Ursprunge der **b. p.** Schuld geben will, so zu verstehen, als wenn **success. ed.** anfangs nur das Edict bedeutet habe, wonach überhaupt Jemand durch den Prätor berechtigt worden sei, den Nachlaß eines Verstorbenen an sich zu nehmen, also diesem Verstorbenen (wenn auch nur für die Dauer des Erbschaftsstreites) zu succediren. Erst später als der Prätor die Regel aufgestellt habe, daß Jemand auch in die Stelle eines berufenen aber weggefallenen **heres** succediren könne, sei dann die engere Bedeutung von **successorium edictum** aufgekommen, wie sie offenbar in der Ueberschrift des Digestentitels 38, 9. oder in **fr. 1. §. 3. de juris et fact. ign.** (22. 6.) genommen ist.

---

wendig das spätere Hinzukommen des successorium edictum annehmen mußte. S. dessen „Ursprung und Entwicklung der b. p." S. 69.

2) A. a. O. S. 65 Note 87.

Digitized by Google

Allerdings kommt der Ausdruck **successor** und **successio** sehr häufig in dem Sinne des Eintretens in das Recht eines Verstorbenen vor [3]). An und für sich könnte also **successorium edictum** wohl das Edict bedeuten, wodurch dies Eintreten gewährt wird. Aber daß die Römer es so genommen haben, ist doch durchaus nicht wahrscheinlich, ja es kann wie ich glaube mit gutem Gewissen bestimmt abgeleugnet werden. Denn in diesem Sinne ist es auch in der angeführten Stelle Ulpians nicht genommen. Derselbe nennt die ganze b. p. nur deßhalb **successorium edictum**, weil sie verschiedene auf einander folgende Erbklassen enthält, und er will gerade das Recht dieser folgenden Klassen darstellen, welche, ohne **heredes** zu sein, (**qui heredes non sunt**) in deren Platz succediren (**sed heredis loco constituuntur**).

Wenn also wohl keine Stelle angeführt werden kann, welche auf die Bedeutung leitete, welche Fabricius vermuthet haben muß, so läßt sich der allgemeinere Sinn, der aus Ulpians Worten nicht wegzuleugnen ist [4]), nur so erklären, daß er mit der hier aufgestellten Ansicht über den Ursprung der b. p. übereinstimmt. Die Aufhebung des Satzes: **in legitimis hereditatibus nulla successio est**, enthält kurz gesagt die ursprüngliche Gestalt der p. b. Aber diese Aufhebung konnte nichts bloß Negatives sein, es liegen darin, wenn sie etwas bedeuten soll, auch eine Reihe von positiven Sätzen, welche im §. 11. bereits angedeutet sind, und deren Erörterung den weiteren Inhalt dieses ersten Buches bilden wird. Bei-

3) So wird ja die hereditas gerade durch **successio in universum jus quod defunctus habuit** definirt. fr. 62. de R. J. Das „heres ceterique successores wird Manchem meiner Leser genugsam bekannt sein. cf. z. B. fr. 63. §. 2. pro socio. fr. 14. §. 16. de religios. fr. 31. §. 2. eod. fr. 20. §. 13. de her. pet.

4) **Hi quibus ex successorio edicto bon. poss. datur** kann doch nur heißen: „diejenigen welche nach den Erfordernissen der einzelnen Klassen des Edictes die b. p. erhalten" Es sind also alle im Edict aufgestellten Erfordernisse gemeint. Ulpian hätte auch sagen können: **ex edicto de bonorum possessionibus proposito**, wenn er zweimal die Worte: **bonorum possessio** hätte wiederholen wollen.

Digitized by Google

des, das Negative und das Positive, ist durchaus unzertrennlich. Wollte man aber das ganze Prätorische Institut mit einem kurzen Namen benennen, so konnte man denselben von seiner negativen Seite hernehmen, und das geschah durch den Ausdruck **successorium edictum**, oder von seiner positiven, welche sich sehr einfach durch **hereditatis** oder **bonorum possessio** bezeichnen ließ.

Freilich hat das Institut mit der Zeit vieles Andere aufgenommen, was gar nicht mehr aus seinem ursprünglichen Principe folgt, so daß also jetzt ein bedeutender Unterschied sich bildete zwischen dem gesammten positiven Inhalt, und der negativen anfänglichen Bedeutung des Instituts, und danach entstand denn auch derselbe bedeutende Unterschied zwischen den Ausdrücken **bonorum possessio** und **successorium edictum**. Aber wenn man nun gleich gewöhnlich den ganzen Inbegriff der positiven Sätze mit **bonorum possessio** bezeichnete, ist es zu verwundern, daß wir dafür auch noch später bisweilen das Wort **successorium edictum** gebraucht finden, obgleich nicht mehr wie früher alle Theile der **bonorum possessio** darunter paßten, und man es daher in der Regel als einen engeren Begriff der **bon. possessio** entgegensetzte, oder vielmehr es als Theil dieser letzteren auffaßte?

Ich mögte sagen, daß es im Gegentheil zu verwundern wäre, wenn diese weitere Bedeutung von **successorium edictum**, die das Zeugniß der historischen Entwicklung ist, sich nicht vorfände. —

Noch muß hier ein Punkt erwähnt werden, woraus man vielleicht ein Argument gegen unsere Ansicht ableiten könnte. Wenn das **successorium ed.** der historische Anfangspunkt der **b. p.** war, warum steht es nicht in den Digesten, die ja hier ganz der Ordnung der Bücher **ad edictum** folgen, vornan? — Aber die bereits angegebenen Gründe widerlegen auch diesen Einwurf. Die einzelnen Klassen des **successorium edictum** gewannen nach und nach für sich selbst einen solchen Umfang und solche Ausbildung, ja sogar es kamen aus anderen Veranlassungen ganz neue Klassen auf, daß man für ein jedes einzelne ein eigenes Capitel machen mußte, und natürlich das sie Alle gemeinsam Betreffende, das Bindemittel des Ganzen

Digitized by Google

erst verstehen konnte, nachdem die einzelnen Punkte bereits feststanden. So rückte in den wissenschaftlichen Darstellungen, die ja überdem sich auf die von **Salvius Julianus** getroffene Ordnung des Edictes stützen, das **successorium edictum** an das Ende des Ganzen, welches erst von ihm ausgegangen war.

§. 14. — V. Die Untersuchung ist jetzt so weit vorgerückt, um die Quellenaussprüche selbst in Betracht zu ziehen, aus denen die ganze bisher erörterte Ansicht geschöpft, und mit Rücksicht auf welche die Darstellung von vorn herein abgefaßt worden ist.

Daß die Römischen Juristen nicht nach dem Ursprunge eines so unendlich wichtigen Institutes wie die b. p. war, gefragt haben sollten, ist gänzlich undenkbar, und ebenso wenig dürfen wir einen Zweifel darein setzen, daß sie auf diese auch noch die richtige Antwort gewußt haben werden. Justinian aber hat so viel Historisches in die Pandekten aufgenommen, wie sich gerade aus dem 37 und 38 Buche beweist, daß wenn man überhaupt mit einiger Ueberlegung bei der Compilation zu Werke ging, man auch eine historische Notiz über den Ursprung des Institutes aufnehmen mußte, zumal da Justinian so gern den Schein eines **antiquitatis contemtor** vermeiden will [1]).

Nun finden wir in der That folgende bisher lange nicht genug beachtete Erzählung Ulpians in **fr. 1. pr. de succ. ed.**:

Successorium edictum ideirco propositum est,

1) **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent.**

2) **et creditoribus longior mora fieret.**

Hier sind also zwei Zwecke für die Einführung des **successorium edictum** angegeben; die Aufstellung eines **dominus** der Erbschaftsgüter (natürlich eines **fingirten**) und die Befriedigung der Gläubiger durch diesen.

Vergleichen wir hiermit sogleich eine andere Stelle dessel-

---

1) l. 22. §. 13. C. de jure deliber.

Digitized by Google

ben Ulpian, fr. 1. de b. p., worin Alles das angegeben wird, was man durch Agnition einer jeden b. p. erlangt:

> **Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta.** (fr. 2. parentheſenartig aus der Ediktsreihe eingeſchoben) **In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur.** — Worauf dann in fr. 3. Ulpians unmittelbar mit fr. 1. zuſammenhängende Worte folgen. —

Dieſe Stelle, welche den Anfang der ganzen Lehre bildet, iſt häufig ganz erſtaunlich mißverſtanden worden. Wenn wir aber ohne vorgefaßte Meinung die Worte lediglich überſetzen, ſo iſt darin, ſo viel ich einſehen kann, Folgendes geſagt:

> der **bonorum possessor** tritt ein in die Erbſchafts**forderungen** (**commoda hereditaria**) und in die Erbſchafts**ſchulden** (**incommoda**), ſo wie er auch das Eigenthum der in der Erbſchaft enthaltenen **körperlichen Sachen** erhält.

Fabricius (a. a. O. S. 45. Note 54.) meint, es unterliege wohl keinem Zweifel, daß das Wort **dominium** interpolirt ſei, während Ulpian **possessionem** geſchrieben habe. Umgekehrt halte ich keine Interpolation größeren Zweifeln unterworfen. Er verweiſt auf Ulpians Titel **XXVIII. §. 12 u. 13**, und **Gai. III. 32** und **IV. 34.** Darin aber heißt es, daß der **bonorum possessor** nicht wirklicher, ſondern **fictus heres, loco heredis** iſt, daß wenn er **in rem** klagt, er nicht intendiren kann: **rem meam esse** ſondern: **si Titii heres essem, tum si fundum ex jure Quiritium meum esse oporteret**, daß er alſo **fingirter dominus ex jure Quiritium** iſt. In jenem **fr. 1. de b. p.** ſteht nun freilich nicht, daß die **b. p.** bloß ein **fingirtes dominium** ertheile, ſondern es iſt ganz allgemein von **dominium** die Rede, aber daß Ulpian doch nur an ein fingirtes denke, war entweder aus dem Vorhergehenden des Ulpian zu erſehen, oder wenn wir annehmen dies ſei der Anfang von Ulpians Commentar über die **b. p.**, ſo geht es doch noch immer ganz unzweifelhaft aus der Stelle ſelbſt hervor. Denn die

Digitized by Google

erwähnten **commoda et incommoda hereditaria** bezeichnen offenbar im Gegensatz zu den körperlichen Erbschaftssachen den ganzen Complex der persönlichen Klagen, in welche der **bonorum possessor** als Kläger und Beklagter eintritt, und für diese wissen wir ja auch ganz entschieden, daß es nur **fictitiae actiones** waren [2]). Dennoch aber spricht ihm Ulpian ganz allgemein diese **commoda** und **incommoda** zu, ohne zu erwähnen, daß er doch nur fingirter Inhaber derselben sei, weil dies eine so bekannte Sache war, daß Ulpian sicher sein konnte, auch ohne deren Erwähnung nicht mißverstanden zu werden. Was aber von den persönlichen Klagen d. h. den unkörperlichen Sachen gilt, das muß Ulpian auch ebenso von den diesen entgegengesetzten körperlichen Sachen gemeint haben, deren vollkommen gleichmäßige Behandlung so deutlich aus **Gai. IV. 34.** erhellt. Also ebensogut wie der **bonorum possessor** activ und passiv der fingirte Inhaber oder Herr [3]) der unkörperlichen Erbschaftssachen wird, so wird er auch der fingirte **dominus** der Erbschaftssachen, und so muß denn auch Ulpian nothwendig das Wort: **dominium** geschrieben haben. Fabricius bürdet ihm eine völlige Ungereimtheit auf, indem er sagen soll:

> **Bon. poss.** ist die Befugniß zu den **comm. et inc. her.**, und zur **possessio** der in der Masse befindlichen Sachen; denn dies Alles liegt im Begriffe der **bona.**

Also die **possessio** selbst ist schon Theil der **bona**, mithin ist **bon. poss.** nicht gleichbedeutend mit: Besitz der Güter, sondern für „**bonorum possessio**" kann auch bloß „**bona**" gesetzt werden, denn in den **bona** ist schon die „**possessio**" enthalten! —

Wenn hiernach das **fr. 1.** schon für sich selbst nicht das geringste Bedenken hätte erregen sollen [4]), so ist es noch we-

---

2) **Gai. IV. 34** am Ende.

3) Uns fehlt ein Wort, um im Allgemeinen das vollkommene Betheiligtsein an einer Obligation zu bezeichnen. Deßhalb hört man so oft vom „Eigenthum an einer Forderung" sprechen.

4) Auch Cujacius in den Paratitla z. d. Tit. findet in dem Worte do-

Digitized by Google

niger die Schuld der Compilatoren, daß man dieſe Stelle mißverſtanden hat. Sie ſahen ein, daß, was Ulpian als ſich von ſelbſt verſtehend vorausſetzt, doch zu ihrer Zeit weniger bekannt ſein könnte, und eben deßhalb ſchoben ſie das fr. 2. ein, um zu zeigen, daß dies Eintreten in das ganze Erbſchaftsvermögen, nur vice oder loco heredis geſchah, m. a. W. daß es nur ein fingirtes war. Kann man eine größere Deutlichkeit verlangen?

Kehren wir zu der Vergleichung des fr. 1. de b. p. mit dem fr. 1. de succ. ed. zurück. Ich glaube es wird Jedermann gleich auf den erſten Blick einleuchten, und daher kaum eines Beweiſes bedürfen, daß es durchaus Ein und daſſelbe iſt, was Ulpian in der einen Stelle überhaupt als Inhalt einer jeden bon. poss., und was er in der anderen als Zweck der Einführung des successorium edictum angiebt. Es ſollte, ſagt Ulpian, ein dominus der bona daſein d. i. nach ſeiner eigenen Erklärung ein Herr der körperlichen Erbſchaftsſachen und ein Subjekt für die commoda und incommoda hereditaria. Daß in der That Ulpian auch hier den Ausdruck bona hereditaria in demſelben weiten Sinne wie im fr. 1. de b. p. nimmt, wird gewiß Niemand bezweifeln, da er ſelbſt ſagt, es ſei dies die gewöhnliche Bedeutung [5]), und da im fr. 1. de succ. ed. ausdrücklich hinzugefügt wird, es werde ein dominus der bona conſtituirt, damit ſie nicht als vacantia dem Fiscus zufielen. Dieſer Anfall an den Fiscus iſt aber bekanntermaßen eine Univerſalſucceſſion, d. h. es gehen die bona nicht bloß als Inbegriff der activa ſondern auch der passiva auf ihn über. Mithin muß Ulpian auch gleich im Anfang unter den bona hereditaria nicht bloß die res hereditariae ſondern auch die commoda und incommoda verſtanden haben.

---

minium Schwierigkeiten, aus denen er ſich nur durch die Erklärung: „dominium possessionis non proprietatis“ zu retten vermag.

5) fr. 3. pr. de b. p. — Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt, universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, suscipiturque rei commodum et incommodum.

Digitized by Google

Daraus folgt aber, daß hier das Wort **dominus** ebenfalls in einem weiteren Sinne genommen ist, indem derselbe nicht bloß Eigenthümer der Erbschaftssachen, sondern auch Inhaber der Forderungen und Schulden wird [6]). — Und ebenso folgt, daß Ulpian in den Worten: **et creditoribus longior mora fieret**, gar nichts Neues, sondern Etwas anführt, was bereits **implicite** in dem Satze: **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent** enthalten ist, was er aber noch ausdrücklich daraus ableitet, weil gerade diese Rücksicht auf die Creditoren der vorzüglich dringende Grund zur Einführung des **successorium edictum** gewesen war.

Wir können hiernach die Stelle folgendermaßen übersetzen:

> Das **successorium edictum** ist eingeführt worden, damit ein Herr des gesammten Erbschaftsvermögens vorhanden sei, also:
>
> 1) überhaupt das Vacantwerden der **bona** (**ne vacua sint**) verhindert werde, und
> 2) namentlich den Creditoren eine zu belangende Person gegenüberstände.

Die Gedanken, welche Ulpian in diese kurzen und doch deutlichen Worte zusammendrängt, sind demnach von zweierlei Art; er giebt gleich den Hauptpunkt an, welcher in der Aufstellung des **successorium edictum** enthalten ist, nämlich die Constituirung eines **dominus** der **bona**, und zweitens giebt er die Gründe an, aus denen dies geschehen ist, deren wiederum zwei sind: die Verhinderung der **bona vacantia** und das Interesse der Creditoren. Daraus daß Ulpian diesen letzteren Grund noch besonders abtrennt, sehen wir, daß er mit jenem ersteren hauptsächlich noch auf etwas Anderes hindeutet, und dies kann nichts Anderes sein, als daß der Prätor gewissen Personen lieber die Erbschaft zuwenden wollte, ehe sie vacant würde. —

Wenn das Gesagte richtig ist, so können wir nun auch

---

6) Es paßt hier auch für die Lateinische Sprache das oben in Note 3 Bemerkte.

Digitized by Google

durch Combination des fr. 1. de succ. ed. und fr. 1. de b. p. folgenden Schluß ziehen:

Das succ. ed. enthält die Conſtituirung eines dominus der bona, nichts Anderes enthält aber auch die bonorum possessio. Wenn nun aber dieſer dominus aufgeſtellt iſt, um das Vacantwerden zu verhindern und die Creditoren zu befriedigen, ſo liegt darin, daß überhaupt die ganze bonorum possessio wegen dieſer Zwecke und durch Einführung des successorium edictum entſtanden iſt.

Und damit iſt denn unſere obige Anſicht bewieſen.

---

§. 15. Dieſer Beweis mag vielleicht Manchem, auch wenn im Einzelnen Nichts dagegen einzuwenden iſt, deßhalb nicht behagen, weil darin zu großes Gewicht auf jedes einzelne Wort gelegt ſei, was möglicherweiſe gar nicht einmal von Ulpian, als er die Stelle niederſchrieb, ſo genau überdacht worden wäre. Aber ein ſolcher Einwurf iſt hier nicht am Orte, weil Ulpian ſelbſt ſeine Worte wohl noch nicht ausführlich genug gefunden haben muß, indem er gleich einen weiteren Commentar hinzufügt, aus welchem ſich denn unſere obige Zergliederung der Gedanken vollkommen rechtfertigt.

Er fährt in fr. 1. de succ. ed. folgendermaßen fort:

A. E re igitur Praetor putavit

1) praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit,

2) et dare inter eos successionem,

B. ut maturius possint creditores scire, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncti.

Zuerſt fällt es auf, daß in dieſem Satze wieder die zwei Fragen getrennt ſind, welche wir bereits in den vorhergehenden Worten bemerkt, und hier durch Römiſche Buchſtaben angedeutet haben, nämlich was der eigentliche Inhalt des successorium edictum ſei, und was der äußere Zweck, den damit

Digitized by Google

der Prätor erreichen wollte. Beide Punkte müssen noch genauer in Betracht gezogen werden.

A. Das was im Voraufgehenden nur kurz durch die doppelte Negation (**ne — sine domino**) angedeutet war, nämlich die Berufung eines **dominus bonorum**, beschreibt jetzt Ulpian weitläuftiger. Es sei dies dadurch geschehen, daß Deliberationsfristen für die einzelnen Klassen, und eine **successio** der einen auf die andere angeordnet wären; also gerade das, was oben als der Inhalt der in der damaligen Zeit nothwendigen Rechtsänderung dargestellt wurde.

Es ist aber wohl zu bemerken, wie hiebei der **bonorum possessio** selbst Erwähnung geschieht. Ulpian sagt:

„der Prätor führte Fristen ein für die, welchen er die „**bonorum possessio** gab (**detulit**)

er sagt nicht: „welchen er die **bonorum possessio** gegeben hatte“ (**detulerat**), so daß man sich das Ertheilen der **bonorum possessio** nicht als etwas Früheres denken kann, welches dann erst später in gewisse Fristen eingeschlossen worden wäre, sondern indem er gewisse Fristen einführte, ertheilte er überhaupt erst eine **bonorum possessio**. Die Worte haben also denselben Sinn, als wenn es hieße: **e re Praetor putavit, praestituto tempore deferre bonorum possessionem.** Damit aber sind wir wieder zu demselben Resultate wie im vorigen § gelangt, indem dort der **dominus**, welcher erst durch das **successorium ed.** geschaffen wird, gerade auch der **bonorum possessor** ist, dessen Beschränkung in eine Zeitfrist auch bereits durch die Worte: „**diutius**“ und „**longior mora**“ angedeutet wurde. —

Dagegen enthalten die Worte: **et dare inter eos successionem** etwas Neues, was Ulpian im Vorhergehenden noch nicht erwähnt hatte, was er offenbar jetzt hinzufügt, um den Namen **successorium edictum** zu erklären. Freilich sagt er hier nicht deutlich, auf was für Klassen sich diese Einführung der **successio** bezogen habe, ob bloß auf die civilrechtlichen oder auch auf neue erst von ihm eingeführte, denn das „**eos**“ ist ebenso unsicher, als das „**his, quibus**“, auf welche dadurch verwiesen wird. — Aber da Ulpian es überhaupt als einen so hervorstechenden Theil der Prätorischen Rechtsänderung

Digitized by Google

aufstellt, daß man eine Succession der Klassen anerkannt habe, so kann sich dies doch nur auf das Civilrecht beziehen, welchem dieselbe fremd war, während, wenn das **successorium edictum** gleich die Aufstellung neuer Prätorischer Klassen enthalten hätte, Ulpian dies als das Hauptsächliche hervorheben mußte, wogegen die bloße Anordnung einer **successio** unter denselben sehr in den Hintergrund zu verweisen war.

Ueberdem ist schon bemerkt, daß die baldige Aufstellung eines **dominus** um der Creditoren willen der vorherrschende Veranlassungsgrund des Edictes war. Ulpian redet absichtlich nicht bloß von einem fingirten **dominus**, sondern auch von dem wahren **heres**. Denn wenn man diesen zur Einhaltung der Frist bewegen konnte, so war das doch offenbar das Beste; nur wo dies nicht möglich war, sollte dann ein Anderer in seine Stelle succediren und fingirter **dominus** sein. Darin aber liegt, daß man nothwendig die civilrechtlichen **ordines** im **successorium edictum** voran stellen mußte, um dem wahren **heres** überhaupt die Erlangung der **bon. poss.** möglich zu machen; und wenn wir davon Ausnahmen finden, so werden wir dies von vorn herein für spätere Zusätze erklären dürfen, denen eine ganz andere Veranlassung, als das Interesse der Creditoren, zum Grunde liegen mußte. Ebenso auch ist gleich auf den ersten Blick nicht sehr wahrscheinlich, daß der Prätor alsbald bei der ersten Einführung des **successorium edictum** schon neue **ordines** hinter den civilrechtlichen angeknüpft habe, wenn man nur den Gang der Römischen Rechtsentwicklung in Betracht zieht, der stets ein allmähliger mit der Zeit fortschreitender war. Die Einführung der **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** ist der Schritt, der nothwendig vorangegangen sein muß, aber es muß auch wohl eine nicht kurze Zeit verflossen sein, ehe man den zweiten Schritt that, und die **successio** auf neue vom Prätor erdachte **ordines** ausdehnte. —

Diese Sätze, welche hier nur aus den allgemeinsten Gründen angedeutet sind, welche aber wie ich hoffe an ihrem Orte vollkommen bewiesen werden können, mußten bei den Römern vorzugsweise bekannt sein, während der Ursprung der **b. p.** aus dem Interesse der Creditoren zu Ulpians Zeit leichter ver-

Digitized by Google

wischt sein konnte. Deßhalb deutet derselbe, indem er bloß die Einführung einer **successio** erwähnt, damit nur indirect an, daß anfangs das **successor. ed.** keine neue Erbklassen enthielt. Und er läßt sich auch nicht weiter darauf ein, das Interesse hervorzuheben, welches schon ganz selbstständig darin liegen mußte, den späteren **ordines** des Civilrechts beim Wegfallen der früheren zur Erbschaft zu verhelfen, da dies ein innerer Grund ist, den ein Jeder, sobald er überhaupt den Inhalt des **succ. ed.** erfährt, sogleich vermuthen wird, während der Impuls, den die Erbschaftsgläubiger gegeben hatten, mehr außerhalb des Gesichtskreises liegt, und deßhalb, weil er historisch doch das Wichtigste gewesen war, nun auch von Ulpian ganz vorzüglich ins Auge gefaßt wird.

B. Die Art indessen, wie Ulpian dies Interesse der Creditoren darstellt, könnte uns überhaupt zweifelhaft machen, ob seine Worte zu irgend einem historischen Beweise brauchbar seien. Er sagt, der Zweck des Prätors sei gewesen, daß die Creditoren frühzeitig wissen sollten;

1) ob ihnen Jemand wahrhaft als Erbe gegenüberstände,

2) oder ob die Güter dem Fiscus zugefallen wären,

3) oder endlich, ob sie zu einer **possessio bonorum** schreiten mußten.

Koch [1]) hat in der That auf diese Worte fußend, eine Ansicht über den Ursprung der **b. p.** aufgestellt, wie sie nicht unhistorischer gedacht werden kann. Da erst durch die **lex Julia de bonis vacantibus** dem Aerar ein Anspruch auf die erbloſen Güter zugestanden wurde, so müßte, wenn die **b. p.** eingeführt wäre, um denselben wieder mehr in den Hintergrund zu drängen, die **b. p.** später als die **lex Julia** sein!

Und daß sogar die **b. p.** bereits früher bestanden habe, als die vom Prätor Rutilius eingeführte **bonorum venditio,**

---

1) Bonorum possessio. Literarisches Testament, nebst Commentar, Codicill u. Revision — (1799) S. 39 ff. „Das Prätorische Successionssystem war im Grunde nur zum Nachtheil der Nation oder des Souverains und dessen Staatskasse, oder nachher des Fiscus, und zum wahren Vortheil der Bürger entstanden und geformt."

Digitized by Google

(s. oben §. 9. am Ende) hat, wie später noch genauer gezeigt werden wird, die überwiegenden Gründe für sich. Es bleibt also, wenn wir dem Ulpian nicht denselben Fehler Schuld geben wollen, den Koch gemacht, nichts Anderes übrig, als anzunehmen, daß Ulpian hier gar nicht bloß den historischen Veranlassungsgrund des **successorium edictum** habe angeben wollen, sondern auch außerdem die Zwecke, welche es zu seiner Zeit in der practischen Anwendung erfüllte. Aber diese Annahme scheint auch so natürlich, daß wir ihr wohl ohne alles Bedenken beitreten dürfen, und also die historische Beweiskraft unserer Stelle dadurch nicht vermindert wird. In den oben erörterten Anfangsworten erwähnt Ulpian nur, daß die **bona** nicht **vacua** oder **vacantia** sein sollten, und die Creditoren nicht länger hingehalten würden. Von einem Rechte des Fiskus [2]) und der Creditoren auf eine **missio** ist noch nicht die Rede. Ulpian sagt nur, man habe einen **dominus** der **bona** den Creditoren gegenüber haben wollen. Diese Constituirung eines **dominus** sei, so fährt er dann fort, durch Anordnung von Deliberationsfristen und einer **successio** geschehen. Aber die Angabe des Zweckes, welche nun folgt, hat, wie wohl zu bemerken ist, eine ganz andere Gestalt als vorher. Dort hatte er im Conjunctiv des Imperfectum gesprochen (**jacerent, fieret**), jetzt redet er im Präsens, also er will den Zweck, den das **success. ed.** zu seiner Zeit hatte, angeben. Das, was er voranstellt (**utrum habeant, cum quo congrediantur**) ist offenbar dasselbe wie: **ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret.** Durch die Wiederholung im Präsens soll nur angedeutet werden, daß der ursprüngliche Zweck auch noch fortwährend gültig sei, aber darum will der Jurist auch nicht unterlassen, das Verhältniß zu bestimmen, in welchem das Institut der **b. p.** zu den später entstandenen Rechten des Fiskus und der Eröffnung eines Concurses stehe.

Somit scheint mir diese Stelle die vollkommene Bestäti-

---

2) Absichtlich scheint Ulpian das Wort vacua und nicht vacantia zu gebrauchen, um den Gedanken an das Recht des Fiscus auszuschließen.

Digitized by Google

gung meiner obigen Ansicht über den Ursprung der b. p. zu gewähren. Es bleibt nur noch übrig, das Gesagte mit den im §. 13 aufgestellten Sätzen zusammenzuhalten, indem dadurch Beides eine gegenseitige Stütze erhält. Es ist dort nachgewiesen, daß Ulpian das Wort **successorium edictum** in einem weiteren Sinn, als den Inbegriff des ganzen Ediktes über die b. p., gebraucht habe. Von vorn herein geht daraus schon die Möglichkeit hervor, daß derselbe Ulpian dies Wort auch hier im **fr. 1. de success. ed.** in dem nämlichen weiteren Sinne nehme. Und damit wäre dann ganz direct der Ursprung der b. p. bewiesen. Aber wir dürfen noch weiter gehen; indem wir es nicht allein als möglich, sondern als gewiß annehmen können, daß hier dem Ausdrucke **succ. ed.** die weitere Bedeutung zum Grunde liege. Denn wir haben nachgewiesen, daß Ulpian als Einführungsgrund des **succ. ed.** dasselbe aufstellt, was er in **fr. 1. de b. p.** auch als Inhalt der b. p. annimmt, und so müssen wir also das **fr. 1. de succ. ed.** so verstehen, als wenn es hieße:

> **Bonorum possesio idcirco introducta est, ne bona hereditaria, vacua sine domino diutius jacerent etc.**

§ 16. Das **fr. 1. de succ. ed.** ist übrigens nicht der einzige Quellenausspruch, der uns über den Ursprung der b. p. Aufschluß giebt. Auch in den Institutionen wird uns Einiges davon erzählt, und wenn wir gleich im Ganzen auf die historischen Untersuchungen der Compilatoren nicht viel geben können, so dürfen wir doch wohl annehmen, daß die Verfasser der Institutionen sich bei einem so hochwichtigen Rechtstheile, wie die b. p., über ihren Ursprung bei einem alten Juristen werden Raths erholt haben. Freilich können wir bei ihnen nicht vermuthen, daß sie es für wichtig genug gehalten hätten, die Angaben der früheren Schriftsteller völlig getreu wiederzugeben. Vielmehr dürfen in solchen historischen Sachen die Institutionen nur als ein Echo gelten, welches vom gerufenen Worte höchstens einzelne Silben, und meist auch nur die letzten ganz verständlich wiedergiebt. So kann es uns nicht wundern, daß die Institutionen auch meistens bloß die spätere Ge-

Digitized by Google

stalt der b. p. vor Augen haben, aber vielleicht ist es möglich, da wir jetzt bereits sichere Anhaltspunkte gefunden, auch das Vorangegangene im Echo wieder zu erkennen.

Der Institutionentitel de bonorum possessionibus fängt folgendermaßen an:

> **Jus bonorum possessionis introductum est a Praetore emendandi veteris juris gratia.**

Es ist sehr die Frage, ob wir hierin bloß ein Urtheil der Compilatoren erblicken dürfen, oder ob es nicht vielmehr bloß ein Satz ist, den sie aus einem früheren Juristen ausgeschrieben haben [1]). Die Art wie überhaupt die Institutionen zusammengesetzt sind, scheint uns die Regel an die Hand zu geben, daß wir stets dies Letztere präsumiren müssen, wo sich nicht [2]) entschieden das Gegentheil aus der Darstellung selbst ergiebt. Mit der von uns aufgestellten Ansicht aber stimmen diese Worte vollkommen überein, da in der Einführung einer **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** offenbar eine Emendation des älteren Rechtes liegt. Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß Justinian gleich im Folgenden von den neuen Intestatklassen rede [3]), welche der Prätor aufstellte, daß er also gerade darein den Ursprung der **b. p.** lege. Er kann dies nicht meinen, weil er daran gleich das dem **postumus alienus** ertheilte Recht knüpft, und wenn man jene Schlußfolgerung annehmen wollte, so müßte man zugleich auch diese dem **alienus post.** zugesagte Hülfe als Einführungsgrund der **b. p.** gelten lassen, was doch gewiß Niemandem einfallen wird. Vielmehr ist der Gedankengang der, daß der Gesichtspunkt, aus dem die Entstehung des Institutes aufzufassen sei, kurz und ohne weitere Erklärung vorangestellt wird, worauf dann gleich die einzelnen Bestandtheile, welche das gesammte System zur Zeit seiner Vollendung enthielt, nicht nach der

---

1) Francke muß dies freilich leugnen, indem er S. 97. des Notherbenrechts sagt: „Eingeführt ist ursprünglich die ganze b. p. keineswegs emendandi juris civilis gratia."

2) Wie z. B. im §. 2 u. 3. J. de testam. ordin.

3) Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postnmus etc.

Digitized by Google

Zeitfolge, sondern nach ihrem inneren Character angegeben werden sollen, jenachdem sie **emendandi, impugnandi** oder **confirmandi jur. civ. gratia** proponirt waren. Sehr natürlich knüpft daher Justinian an die Bemerkung über den Ursprung der b. p. gleich die Haupttheile an, welche auch aus dem Gesichtspunkte der Emendation hervorgegangen waren. Offenbar aber will er damit nicht sagen, daß gerade in ihnen dieser Ursprung zu finden sei.

Diese Erörterung der einzelnen Haupttheile der b. p. wird dann bis zum §. 8 fortgeführt; und erst hier der in den ersten kurzen Worten angefangene Faden der Erzählung wieder aufgenommen:

> **Quum igitur plures species successionum Praetor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquaque specie successionis saepe plures existent dispari gradu personae, — ne actiones creditorum differentur, sed haberent, quos convenirent, et ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eo modo sibi consulerent, ideo petendae bonorum possessioni certum tempus praefinivit.**

Freilich ist diese Stelle, ganz für sich allein betrachtet, nicht geeignet einen richtigen Begriff über den Ursprung der b. p. zu bilden, aber wenn wir denselben schon aus anderen Beweisen geschöpft haben, so läßt er sich denn auch hier, namentlich durch die Vergleichung mit fr. 1. de succ. ed., ganz entschieden herauskennen. Auch hier kann Justinian nicht bloß die neu vom Prätor eingeführten **ordines** im Auge gehabt haben, was man allenfalls aus den Anfangsworten: **quum plures species . . . . . introduxisset** schließen mögte, sondern es müssen alle 7 vorher aufgezählten Klassen gemeint sein, also gleichmäßig die **confirmandi, emendandi** und **corrigendi j. c. gr.** proponirten, weil gerade die gleich erwähnte **successio ordinum**, („**easque per ordinem disposuisset**“) offenbar auf alle Theile der b. p. bezogen werden soll. Es hat also den Sinn, als wenn gesagt wäre: **quas memoratas species successionum Praetor per ordinem disposuit** [4]).

4) Sehr sonderbar gefaßt sind die folgenden Worte, womit die succes-

Digitized by Google

Noch einen anderen Zweifelsgrund bieten indeß die Worte durch die Eigenthümlichkeit der Construction, indem das Verbum des Vordersatzes im Plusquamperfectum (**quum introduxisset**), das des Nachsatzes dagegen im Perfectum steht (**praefinivit**). Daraus könnte geschlossen werden, daß die verschiedenen **species successionum** bereits bestanden hätten, als dann später noch die Deliberationsfristen hinzugekommen wären. Aber diese Interpretation ist deßhalb undenkbar, weil Justinian auch das Aufeinanderfolgen der **ordines** im **Plusquamperfectum** erwähnt, und dieses doch ohne eine Ansetzung von Fristen gar nicht Statt finden konnte. Wir dürfen es also wohl nur auf Rechnung der schlechteren Latinität setzen, daß wir nicht auch im Anfange das bloß erzählende Perfectum finden. —

Abgesehen von diesen Ungenauigkeiten, die sich dem Zeitalter Justinians sehr wohl vergeben lassen, finden wir nun aber unsere Stelle durchaus mit dem oben Gesagten und namentlich mit **fr. 1. de succ. ed.** übereinstimmend, so daß wir wohl nicht zweifeln dürfen, daß dieselbe aus einem älteren Juristen entlehnt sei. Ihr Sinn ist, daß die Aufstellung verschiedener auf einander folgender Successionsklassen mit Festsetzung gewisser Fristen um des Interesses der Creditoren willen geschehen sei, und gerade weil hier das Recht des **fiscus** an den **bona vacantia** nicht erwähnt wird, dürfen wir wohl schließen, daß die von den Compilatoren benutzte Quelle nicht das **fr. 1. de succ. ed.** selbst ist. Freilich kann man aus Justinians Worten nicht erkennen, welche **species successionum** zuerst aufgestellt worden sein, denn er redet hier, an das Vorhergehende anknüpfend, absolut von allen Klassen, von der **b. p.** als einem Ganzen; und deßhalb kann er auch nicht meinen, daß wirklich der Constituirung jeder einzelnen Klasse dieses Ganzen das Interesse der Creditoren zum Grunde gelegen ha-

---

sio graduum in den einzelnen Klassen angedeutet ist. Man erwartet einen Satz, dessen Verbum auch wieder eine Thätigkeit des Prätors ausdrückte, etwa so: „und da er auch in den einzelnen Klassen eine successio der in verschiedenen Graden stehenden Personen anerkannt hatte."

Digitized by

be; wie er ja z. B. für die b. p. unde cognati selbst einen ganz anderen Zweck angiebt [5]): Eben darin aber liegt es, daß er solche aus einem anderen Zweck hervorgegangenen einzelnen Theile als spätere Zusätze ansehen muß, indem er sonst der eigenen Angabe des allgemeinen Einführungsgrundes der b. p. widersprechen würde.

Wir können daraus die General-Regel ziehen, daß wo wir bei einzelnen Klassen die Erreichung ganz besonderer Absichten wahrnehmen, wir auch einen späteren Ursprung derselben annehmen müssen, und danach wird aus unseren späteren Untersuchungen genugsam erhellen, daß weil allen vom Prätor neu errichteten **ordines** ein eigener Zweck zum Grunde liegt, die früheste Gestalt der **b. p.** sich nur auf die civilrechtlichen Klassen bezogen haben kann.

So scheint mir denn auch durch diese Institutionenstelle die Richtigkeit meiner Ansicht dargethan zu sein.

§. 17. — VI. Um den Beweis über den Ursprung der **b. p.** zu vervollständigen, muß nun endlich noch versucht werden, die Zeit zu ermitteln, in welche man denselben zu setzen hat. Dabei wird es möglich sein, das Verhältniß genauer festzustellen, in welchem man sich das im §. 8 untersuchte Edict der Pontifen zur **bonorum possessio** denken muß.

Es ist nämlich nach der ganzen bisherigen Entwicklung wohl nicht zu verkennen, daß beide Rechtsinstitute in einem engen historischen Zusammenhange stehen müssen. Die **pro herede usucapio** ist, wie Gaius sagt, um der **sacra** und Creditoren willen eingeführt. Jenes Pontifenedict (wie ich es kurz nennen will) betrifft lediglich das Interesse der **sacra**, die **bonorum possessio** dagegen ist, wie nunmehr wohl angenommen werden darf, aus dem der Creditoren hervorgegangen. Während Beides vereint die **pro herede usucapio** hervorgerufen hat, so ist dann noch jedes für sich die Ursache zweier anderen Rechtsinstitute geworden. Außer diesem inneren Zusammenhange ist nur aber noch nachzuweisen, daß auch

5) §. 3. J. de legit. agn. succ.

Digitized by Google

die historische Aufeinanderfolge dieser drei Institute so gewesen sein müsse, wie er bisher nur vermuthungsweise angenommen ist.

Daß das Pontifenedict späteren Ursprungs sei, als der Anfang der zweiten Periode der **pro herede usucapio**, glaube ich nach dem im §. 8 zu Note 4 Gesagten als sicher annehmen zu dürfen. Es muß daher nur noch dargethan werden, daß die Entstehung der **bonorum possessio** wiederum noch hinter das Pontifenedict zu stellen sei.

Daß die **bonorum possessio** am Ende der Republik bereits eine geraume Zeit bestanden hatte, wissen wir aus Cicero [1]), aber Niemand datirt sie so weit zurück, daß sie noch früher wäre, als die **pro herede usucapio** in ihrer älteren Gestalt. Und man wird auch diesen Gedanken nie plausibel finden, wenn man bedenkt, wie sehr die letztere mit ihrer engherzigen und unjuristischen Interpretation den Character gleich der nächsten auf die 12 Tafeln folgenden Zeit an sich trägt, während man die Aufstellung neuer Rechtssätze durch den Prätor erst viel späteren Zeiten zuweisen darf. — Aber eine ganz andere Frage ist es, ob man nicht den Ursprung der **b. p.** in die erste Periode der **pro herede usucapio** legen solle, indem gerade dadurch der Prätor eine geregeltere Art und Weise, wie Jemand die **hereditas** ersitzen könne, habe einführen wollen. Diese Ansicht ist in der That bereits aufgestellt worden [2]), und es wird am passenden Ort eine ausführliche Widerlegung gegeben werden. Hier soll nur Folgendes bemerkt werden, was aber doch hinreichen wird, einer solchen Auffassung der Sache die nöthige Basis zu entziehen.

Es handelt sich nämlich hier um das Grundprincip, auf welchem man das ganze Gebäude der **b. p.** aufbauen will. Wenn man nun die ursprüngliche **b. p.** als die Verleihung einer **pro herede usucapio** durch die das Erbrecht selbst ersessen würde, auffassen will, so muß man zugestehen, daß doch wenigstens in der späteren Gestalt, wie sie uns von den klas-

---

1) In Verr. II. 1. 44. in fin. „et hoc vetus edictum translatitiumque esse."

2) Huschke in den Richterschen Jahrbüchern 1839. S. 12. u. 13.

Digitized by

fischen Juristen dargestellt wird, die **bon. poss.** auf einem ganz anderen Principe ruhen müsse. Das beweist jedenfalls Gaius, der ganz allgemein aussagt, die **pro herede usucapio**, als eine Ersitzung des Erbrechtes sei nicht mehr in Gebrauch. Und er sollte es übersehen haben, daß in der so wichtigen und weitgreifenden **b. p.** noch immer die ältere **pro herede usucapio** fortbestände? — Es beweisen dies aber auch die uns überlieferten positiven Darstellungen von der **b. p.**, indem der **bonorum possessor** von Anfang an, und nicht erst nach Ablauf eines Jahres als **heres** gilt. Freilich nur als ein fingirter **heres**, aber diese Fiction ist keineswegs auf die als vollendet angenommene Usucapion gebaut, denn dann wäre ja wiederum die ältere **pro herede usucapio** noch in Geltung gewesen, indem doch die einstweilen fingirte Ersitzung nach Ablauf der gewissen Zeit wirklich hätte vollendet werden müssen. Vielmehr ruht die Fiction, wie später noch weiter ausgeführt werden wird, auf ganz anderen Voraussetzungen.

Wenn man nun also zugeben muß, daß das Grundprincip der **b. p.**, wie wir es später erblicken, mit der **pro herede usucapio** in gar keinem Zusammenhang steht, so fragt sich, was uns auf die Ansicht bringe, daß in der früheren Zeit allerdings dieser Zusammenhang bestanden habe? Bemerkungen unserer Quellen führen uns nicht im Geringsten darauf hin, noch weniger aber eine innere Wahrscheinlichkeit. Denn es leuchtet ein, daß die **b. p.**, welche nichts wie eine **pro herede usucapio** war, und die **b. p.** der späteren Zeit, durchaus verschiedene Institute sind, daß also mit dem Ganzen eine völlige Revolution vorgegangen sein müsse; aber können wir eine solche wohl vermuthen, wenn uns auch nicht einmal ein Wink unserer Quellen darauf hinführt?

Statt dessen aber finden wir eine ausdrückliche Bemerkung, welche gewiß nicht zuläßt, daß wir eine so wesentliche Umschmelzung des Institutes annehmen dürften. Denn vor Cicero mußte sie doch jedenfalls geschehen sein, und dieser sagt a. a. O.: **posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus, etc.**

Dazu kommt endlich noch folgender Grund: Wenn die **b. p.** zur Zeit der älteren **pro herede usucapio** eingeführt

Digitized by Google

wäre, so mußte sie auch früher sein, als das Pontifenedict, welches erst in der zweiten Periode der pr. her. us. aufgestellt sein kann. Aber ist es wohl denkbar, daß die Pontifen hierauf noch gekommen sein könnten, wenn die bon. poss. bereits bestanden hätte, ein Institut welches doch gewiß bei den meisten Erbfällen zur Anwendung kam, und dann auch immer den Pontifen zur gehörigen Prästation der sacra verhalf? Damit soll nicht gesagt werden, daß die b. p. das Pontifenedict durchaus unnöthig gemacht habe. Es konnte allerdings noch in manchen Fällen, namentlich wenn Niemand b. p. agnosciren wollte, bedeutend werden [3]), aber es ist doch eine andere Frage, ob etwas für einzelne im Verhältniß geringe Fälle fortbestehen bleibe, oder ob es eigends erst für dieselben constituirt werden solle, wo doch der Prätor nun sehr viel einfacher hätte abhelfen können [4]).

Danach darf also angenommen werden, daß die b. p. nicht bloß später sein müsse als die erste Periode der pro herede usucapio, sondern auch später als das Pontifenedict. Da dies Letztere aber noch vor der **lex Voconia** (585) aufgestellt ist, (§. 8. Note 9.) so kann die b. p. auch schon vor diesem Gesetze entstanden sein, und wenn nun auch die Verhinderung der Mission der Creditoren in den oben erörterten Stellen als Grund ihrer Einführung angegeben wird, so scheint doch das am Ende des §. 9 Gesagte zu genügen, um den Gedanken zu verhindern, daß der Anfang der b. p. etwa erst nach der **Rutiliana actio**, also nach dem Jahre 649 zu setzen sei.

An diese Erörterung knüpft sich von selbst die Frage, welchen Platz nun das **successorium edictum** in dem schon bestehenden Pontifenedicte, das überhaupt das Vorbild für die Prätorische Rechtsänderung gewesen zu sein scheint, eingenommen habe?

---

3) Und es bestand ja auch zu Cicero's Zeit neben der b. p.

4) Etwa durch einen neben der ordentlichen b. p. hergehende missio in possessionem.

Digitized by Google

Savigny [5]) meint, es habe die dritte Klasse (nach Scävolas Theorie) hauptsächlich gerade den **bonorum possessor** enthalten: (**is qui de bonis, quae ejus fuerint, quum moritur, usuceperit plurimum possidendo**); obgleich damit freilich auch der gewöhnliche Fall der **pro her. usucapio** gemeint sei, welche Jemand durch eigenmächtige Besitzergreifung ausübt. Dieser Satz hängt eng mit der ganzen Ansicht Savigny's über den Ursprung der **b. p.** zusammen, welche hier noch nicht der genaueren Prüfung unterworfen werden kann. Indeß muß sogleich an diesem Orte Folgendes bemerkt werden.

Allerdings konnten die Pontifen den **bonorum possessor**, wenn er den größten Theil des Vermögens in Besitz bekommen, und nach einem Jahre usucapirt hatte, als **pro herede** Usucaptor zu den **sacra** anhalten. Aber darin liegt doch, daß eigentlich nicht die Ertheilung der **b. p.** der wahre Verpflichtungsgrund zu den **sacra** ist, sondern der Satz, daß jeder Besitzer der **corpora hereditaria** sie prästiren müsse, gleichviel auf welche Art er den Besitz erlangt habe.

Hier aber ist die Frage, ob nicht schon in der bloßen Ertheilung der **b. p.** also in der Constituirung eines fingirten **heres** eine Verbindlichkeit zu den **sacra** liege, welche also auch nicht erst davon abhängig ist, ob wirklich der **b. possessor** den Besitz vom größten Theil des Vermögens erlangt, und ein Jahr durch bewahrt hat. Wenn man eine solche Verbindlichkeit nicht annehmen wollte, so würde man für eine Reihe von Fällen zugeben müssen, daß die Pontifen sich an Niemanden halten könnten. Wenn z. B. die **b. p.** mehren Personen nach gleichen Theilen gegeben, und danach das Vermögen vertheilt war, so brauchten sie, wenn sie nicht schon als **b. possessores** hafteten, gar keine **sacra** zu prästiren, weil Keiner den größeren Theil des Vermögens usucapirte. Oder wenn gar keine körperliche Sachen (sondern vielleicht nur Forderungen) sich in der Erbschaft befanden, so konnte von einer **pro herede usucapio** nicht die Rede sein, wohl aber von einer **b. p.**, bei der indeß die Pontifen leer hätten ausgehen müssen.

---

5) In der bereits citirten Abhandlung über die sacra privata. S. 367 u. ff.

Digitized by Google

Es ist nicht wahrscheinlich, daß die Pontifen sich dabei zufrieden gestellt haben sollten, und es entsteht die Frage, ob nicht überhaupt die **bonorum possessio** in eine ganz andere Klasse zu stellen sei. Wenn dies aber der Fall wäre, so leuchtet es ein, daß nur von der ersten Klasse (**heredum causa justissima est**) die Rede sein könne. Daß nun wirklich hierin auch die **b. p.** begriffen sei, läugnet Savigny (S. 365) ganz entschieden, „indem es wohl keines Beweises bedürfe, daß in einer „Regel, die sich so lange vor Ciceros Zeit gebildet hatte, der „Ausdruck **heres** im strengen Sinne, nämlich allein vom Civilerben verstanden werden müsse, da ja noch in weit späteren Zeiten dieser bei genauer Rede beobachtet werde.“ [6]).

Einestheils geht aus dem bereis oben Gesagten hervor, daß auch ich nicht glaube, **heres** habe ursprünglich hier mehr bedeutet, als den civilrechtlichen Erben, indem ich gezeigt habe, daß das Pontifenedict älter sein müsse, als die **b. p.** Aber anderntheils meine ich auch, daß die später hinzugekommene **b. p.** nun in dieselbe Klasse mit der **hereditas** gehöre. Freilich erkennt man an, daß der **bon. possessor** kein **heres** sei, aber es wird doch gleich hinzugesetzt, daß er **loco heredis** sei, also ebenso behandelt werde. Es äußert sich dieß gleich darin, daß er von den Creditoren belangt werden kann. Nun aber muß man doch den Anspruch der Erbschaftsgläubiger und den der Pontifen ganz auf dieselbe Stufe gestellt haben, da ja früher gleichmäßig für beide die **pro herede usucapio** eingeführt worden war. So kann man denn auch Nichts dagegen gehabt haben, daß ebenso wie die Creditoren den **b. possessor** **als heres** belangten, in derselben Eigenschaft sich auch die Pontifen an ihn halten konnten [7]). Ein Schaden ward dadurch Niemandem zugefügt, denn entweder war der **b. possessor** selbst der **heres**, und so auch allein zu den **sacra** verpflichtet,

---

6) **Ulp. XXVIII. 12.** — **hi, quibus b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur.**

7) Danach erklärt sich, daß in fr. 12. §. 4. de religios. die Begräbnißpflicht, (die der Erblasser Niemanden insbesondere aufgelegt hat), als den heredes ganz nach der Reihe des successorium edictum obliegend, dargestellt wird.

Digitized by Google

oder es war eine Person, der der **heres** die Erbschaft noch wieder abfordern konnte, und dann durften ja diesem wieder die Verwendungen berechnet werden, welche der **bonorum possessor** für die **sacra** gemacht hatte.

Daß dies wirklich sich so verhalten haben müsse, zeigt endlich noch folgender Umstand. Die zweite Klasse nach Scävola's Theorie betrifft die Legatare, und es ist oben entwickelt, daß sie als eine Nebenklasse an die der **heredes** sich anknüpft. Nun kann doch wohl nicht bezweifelt werden, daß die Legatare wenn sie von einem **bon. possessor secundum tabulas** ihr Recht ableiten, nicht weniger von den Pontifen zu den **sacra** angehalten werden; aber dann muß man auch den **bon. possessor** in die erste Klasse gerechnet haben, weil die zweite nur von der ersten ihr Bestehen ableitet; und man muß den **b. possessor secundum tabulas** selbst neben den Legataren an den **sacris** haben Theil nehmen lassen. —

Somit scheint das Verhältniß des Pontifenedictes zur **b. p.** ermittelt, und nun kann denn auch endlich erklärt werden, warum in den Stellen über den Ursprung der **b. p.** nur von einer den Creditoren, nicht auch den Pontifen zu gewährenden Hülfe die Rede ist. Den Impuls gaben nur die Creditoren, da die Pontifen sich bereits durch eigene Hülfe geschützt hatten. Aber das neue Institut ward dann auch den Letzteren nützlich, namentlich weil die **b. p.** wie gleich gezeigt werden wird, sehr bedeutend der **pro herede usucapio** (in ihrer zweiten Periode) entgegenwirkte, also die Pontifen, wenn sie in Ermangelung eines **heres** sich bloß an den **pro herede** Usucapienten hätten halten können, leicht ganz leer ausgegangen wären.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Subjecte der bonorum possessio.

§. 18. Wenn ich glaube in dem ersten Kapitel die richtigen Gesichtspunkte über den Ursprung der b. p. angegeben zu haben, so ist doch damit noch nicht genug geschehen, um bereits den Begriff derselben scharf construiren, und mit den Definitionen zusammenhalten zu können, welche wir von unserm Institute in den Quellen finden. Vielmehr müssen die einzelnen Theile des Ganzen, welche bisher nur kurz erwähnt werden konnten, einer genaueren und abgesonderten Prüfung unterzogen werden, und während bisher nur die Beweise vorgebracht wurden, welche sich auf das ganze Institut beziehen, so ist jetzt die Beweisführung auf die einzelnen Theile desselben zu richten. Diese lassen sich sehr natürlich unter die beiden Fragen, nach den Subjecten und nach den objectiven in der b. p. enthaltenen Rechten zusammenstellen. Erstere werden den Gegenstand dieses zweiten, letztere den des dritten Kapitels ausmachen. Aber dabei ist stets festzuhalten, daß in diesem ganzen ersten Buche nur dasjenige seine Stelle findet, was mit dem Begriffe der b. p. in nothwendigem Zusammenhange steht, so daß Alles was entschieden erst späterer Zusatz ist, oder was andere Veranlassungsgründe hat, als der im vorigen Kapitel dargestellte, hier ausgeschlossen bleibt.

Digitized

Darnach wird es Niemand auffallen, daß die eigentliche Definition der b. p. erſt am Ende des dritten Kapitels ſich finden kann, daß aber auch in dieſem ganzen zweiten und dritten Kapitel keine weiteren Unterſuchungen vorkommen werden, wann die einzelnen beſprochenen Theile ins Edict aufgenommen ſein mögten. Die geſammte Darſtellung wird eben das umfaſſen, was der Kern der b. p. iſt, was alſo auch ſeit ihrer erſten Einführung beſtanden haben muß. Damit ſoll freilich nicht behauptet werden, daß Alles dieſes nothwendig von einem und demſelben Prätor aufgeſtellt ſei. Manches davon kann von ſpäteren Prätoren allerdings noch klarer gefaßt oder in ein feineres juriſtiſches Gewand gekleidet ſein, aber der Keim war denn doch ſchon bei der erſten Einführung der b. p. vorhanden, und wenn wir nur alle dieſe Keime entdecken, die aus einer und derſelben Wurzel hervorgeſchoſſen ſind, ſo iſt damit der Hauptvortheil der hiſtoriſchen Forſchung errungen. Wohl lohnt es ſich nachzuſpüren, ob mehre ineinander verwachſene Zweige aus verſchiedenen Wurzeln emporgetrieben ſeien, aber es kommt weniger darauf an, zu wiſſen, welche von mehren Schößlingen einer Wurzel die früheren, welche die ſpäteren ſeien. So z. B. halte ich die **fictitiae actiones** und das **Interd. quor. bon.** für urſprüngliche Beſtandtheile der b. p., dagegen die Aufſtellung neuer Erbklaſſen für ſpätere Zuſätze, und der Beweis, daß dem ſo ſei, iſt allerdings höchſt bedeutend, weil bei der entgegengeſetzten Anſicht die ganze Lehre eine andere Geſtalt gewinnen muß.

Umgekehrt aber iſt es für den Begriff und die dogmatiſche Erkenntniß der b. p. nicht von Wichtigkeit, ob vielleicht dieſelbe bereits zu einer Zeit beſtanden habe, wo es noch keinen wahren Interdictenproceß gab, alſo auch die Form des **Interdictum quor. bon.** noch nicht vorhanden war. Denn mag dies auch der Fall geweſen ſein, ſo mußte doch von Anfang an ein Prätoriſcher Schutz vorhanden ſein, der, wenn auch noch nicht in das juriſtiſche Gewand des **Int. quor. bon.** gekleidet, dieſelben Dienſte leiſtete. Hier können wir alſo auch der hiſtoriſchen Unterſuchung ein Ziel ſetzen, ganz abgeſehen davon, daß die Beantwortung dieſer Frage wegen

Digitized by Google

alles Mangels von Anhaltspunkten immer eine sehr mißliche sein würde.

Die Darstellung der Subjecte der b. p. theilt sich nach dem im ersten Kapitel Gesagten in zwei Theile. Es war die Hauptabsicht des Prätors, vor Allem den **heres** selbst, also den vom Civilrecht gerufenen Erben, zur Einhaltung der aufgestellten Deliberationsfrist zu bewegen, und nur, wenn dies nicht gelungen war, einen Anderen an seiner Statt zu berufen. Wir fragen also:

1) durch welche Mittel suchte der Prätor den **heres** zur Beobachtung der Fristen anzuhalten? (§. 19—21)

2) Wem gab er das Recht der **successio in locum heredis**? (§. 22 ff.)

§. 19. Die Mittel, welche der Prätor anwenden konnte, um den vom Civilrecht berufenen **heres** zu bewegen, daß er eine ihm zur Erbantretung gesetzte Frist respectirte, konnten theils Nachtheile sein, welche an die Versäumung der Frist geknüpft wurden, theils Vortheile, die er umgekehrt für die Befolgung derselben darbot. Daß Etwas der Art im Gebiete der b. p. bestanden haben müsse, muß nothwendig gleich hier nachgewiesen werden, um selbständig den aufgestellten Satz zu rechtfertigen, daß es wirklich vor Allem die Absicht des Prätors war, den **heres** zur Erbantretung zu bewegen.

Aber vorher muß doch noch gefragt werden, welche Art der Antretung der Prätor hier vom **heres** überhaupt verlangt habe, und dabei wird uns das oben im §. 5 in Beziehung auf die **pro herede usucapio** Gesagte auf den richtigen Gesichtspunkt leiten. Wenn bloß von der formellen Erklärung die Rede wäre, die Jemand rücksichtlich der Annahme oder Ausschlagung der **hereditas** abgiebt, so müßte nothwendig ein Unterschied zwischen dem **suus** und dem **extraneus heres** aufgestellt werden, und für Beide die Anwendbarkeit einer Deliberationsfrist eine ganz verschiedene sein. Denn beim **suus** (mag er **ex testamento** oder **ab intestato** erben) versteht sich diese Erklärung von selbst, er wird **ipso jure** Erbe, es braucht

Digitized by Google

also ihm keine Deliberationsfrist gesteckt zu werden. Alsdann könnte daher auch beim **suus heres** gar nicht an eine Anbietung der **bon. poss.** gedacht werden. Aber wenn wir uns die Gründe vor Augen stellen, welche im §. 5 zur Annahme führten, daß anfangs auch gegen den **suus heres** die **pro herede usucapio** gelaufen haben müsse, so werden wir hier ebenso die Anwendbarkeit der **b. p.** auf denselben verstehen können. Ebensogut wie die **pro her. usucapio** erst durch die factische Besitznahme des Vermögens ausgeschlossen wurde, so wollte jetzt auch der Prätor, der an die Stelle der **pro herede us.** ein besseres, aber denselben Zweck erfüllendes Institut zu setzen beabsichtigte, daß der **heres** sich noch in anderer entschiedenerer Weise der Erbschaft annähme, als das Civilrecht zur **hereditatis aditio** erforderte. Welcher Gedanke lag hier näher, damit es völlig sicher wäre, der **heres** wollte den Creditoren zu Recht stehen, und sich auch den **sacra** nicht entziehen, — als daß der Prätor eine vor seiner Person geschehene Erklärung der Erbschaftsannahme fordern mußte, daß er nur hiedurch von anderen Maßregeln abstehen zu können erklärte, mittelst deren auch ohne den civilrechtlichen **heres** den Creditoren Recht geschafft würde?

Aber von der anderen Seite konnte man auch vom **heres** nicht mehr, als diese vor dem Prätor vorgenommene **hereditatis aditio** verlangen. Das Interesse der Gläubiger war dadurch völlig sicher gestellt, und so konnte also das neue Institut eine viel passendere Gestalt gewinnen, als die **pro herede usucapio** gehabt hatte, wobei der **heres** nur durch factische Besitznahme des Vermögens das Einrücken eines Anderen zu verhindern vermogte. Das was bisher Erforderniß einer genügenden Erbantretung gewesen war, ließ sich jetzt leicht zu einer wohlthätigen Folge derselben umwandeln, d. h. während der **heres** vorher so gut es gehen wollte selbst Besitz ergreifen mußte, so konnte ihm jetzt, sobald er nur der in Gegenwart des Magistrats vorzunehmenden **hereditatis aditio** genügt hatte, umgekehrt die Prätorische Hülfe zur factischen Besitzergreifung gewährt werden, wodurch sich offenbar die derselben etwa im Wege stehenden Hindernisse sehr viel leichter hinwegräumen ließen.

Digitized by Google

Hieraus erklärt sich vollständig einestheils die Form, unter welcher die b. p. ertheilt wird, und anderntheils der Satz, daß die b. p. auf alle Arten von heredes anwendbar ist.

1) Die Form nämlich, in der die b. p. ertheilt wird, zerlegt sich in zwei Handlungen, von denen beiden eine jede durchaus wesentlich ist, da darin zwei sehr bedeutende Rechtsgeschäfte verborgen liegen.

a) Zuerst die in Gegenwart des Magistrats vorgenommene Erbschaftsantretung. Daß diese wirklich in dem Nachsuchen der b. p. von Seiten des heres liege, wird von Niemand bezweifelt, aber man muß noch weiter gehen, und sie nicht bloß für eine zufällige Nebenwirkung, welche aus der b. p. agnitio ganz von selbst hervorgehe, halten, sondern für den eigentlichen Kern dessen was der Prätor beabsichtigte. Es sollte von jetzt an eine formellere Antretungsart der Erbschaft statt finden, als wie das Civilrecht erforderte, und gerade in der Form, die dem Civilrechte hinzugefügt wurde, nämlich in dem Beisein des Prätors, lag die Bürgschaft, welche die Sicherheit der Creditoren erheischte.

b) Wenn aber diese hereditatis aditio vorgenommen ist, so ertheilt nun auch der Prätor dem heres zur Belohnung dafür, daß er die Frist eingehalten, und den Creditoren sich gestellt hat, das beneficium, daß der heres sich bei der factischen Besitzergreifung der Prätorischen Hülfe bedienen darf. Indem der Prätor ausspricht: „do bonorum possessionem“ [1]), ist damit alle Macht seines Imperiums dem heres zugesichert, dessen Besitzergreifung sich irgend ein Anderer würde entgegensetzen wollen.

In der späteren Zeit sagte der Agnoscirende, wenn er vor dem Prätor erschien, vielleicht bloß: peto bonorum possessionem, und für diese späteren Zeiten ist dies völlig erklärlich, aber im Anfange mußte seine Erklärung gewiß so

---

1) S. v. Löhr Magaz. III. S. 285. Es ist nach der bald genauer zu interpretirenden Stelle des Cicero (Verr. I. 45) sehr wahrscheinlich, daß in früheren Zeiten die Erklärung des Prätors nicht lautete: do tibi b. p. sondern do tibi hereditatem.

Digitized by Google

gefaßt sein, daß darin, falls er wirklich **heres** war, auch die **hereditatis aditio** klar ausgesprochen lag.

2) Weil nun aber nach des Prätors Willen die **hereditatis aditio** eine formellere sein soll, als das Civilrecht verlangt, so folgt, daß sie auch von denen gefordert wird, bei welchen nach Civilrecht sie ganz **ipso jure** mit der Delation eintritt, bei den **sui heredes**. Einen anderen Erklärungsgrund, dafür daß bei ihnen eine **b. p.** eintritt, kann ich mir nicht denken, aber ich halte auch den angegebenen für völlig genügend.

§. 20. Nach dieser Voruntersuchung, welche gezeigt hat, daß die **b. p.** auf alle **heredes** anwendbar ist, können die Mittel in Betracht gezogen werden, durch die man sie dazu bringen wollte, vor dem Prätor die Erbschaft anzutreten.

1) Bei den gedrohten Nachtheilen, welche der **heres** für Nichtbefolgung dieser Vorschrift zu befürchten hatte, darf man keinenfalls daran denken, daß es je in des Prätors Absicht habe liegen können, ihm das Erbrecht, welches er in einer bestimmten Frist nicht geltend gemacht hätte, nach Ablauf derselben gänzlich, etwa durch eine Denegation der Klage, zu entziehen. Eine solche Härte war gerade in der älteren **pro herede usucapio** enthalten gewesen, und es lag nahe genug, daß man sie jetzt zu vermeiden habe, aber auch sehr leicht vermeiden könne. Eben das, was man durch die **pro herede us.** erreicht hatte, wollte man auch jetzt haben, nämlich eine Person, die den Creditoren und Pontifen gegenüberstände. Aber war es nöthig, ihr nun auch definitives Erbrecht zuzugestehen? Wenn man sie als interimistischen Repräsentanten des säumigen **heres** (**loco heredis**) auffaßte, welcher so lange ganz nach eigenem Willen mit der Erbschaft schalten und walten könnte, bis der **heres** sein Erbrecht von ihm einforderte, so war offenbar der Zweck vollständig erreicht, und dabei eben dem **heres** die Möglichkeit gelassen, trotz seiner Säumigkeit sein Erbrecht noch gegen den Repräsentanten geltend zu machen.

Dies sind nun in der That die Grundsätze, die wir in der **b. p.** finden. Der nach dem **heres** Gerufene ist nur sein Repräsentant (**loco heredis**) bis der wahre Erbe mit der **hereditatis petitio** auftritt; aber er darf bis dahin über die Erb-

Digitized by Google

schaft frei herrschen und verfügen. Die weitere Ausführung dieser Sätze wird im dritten Kapitel gegeben werden, hier waren sie bereits zu erwähnen, um das Interesse des **heres** selbst anschaulich zu machen, welcher doch, wie sich von selbst versteht, bedeutenden Nachtheil dadurch leiden kann, wenn einem Anderen das Recht gegeben wird, über seine Erbschaft nach Belieben zu disponiren. Wenn er also überhaupt nicht auf dieselbe verzichten wollte, so mußte ihm dies ein Anreizungsmittel sein, wie ein **bonus patersamilias** keines stärkeren bedurfte, — sich in die ihm vom Prätor gesetzte Frist zu fügen, und durch seine eigene solenne Erbantretung das Einrücken eines Fremden zu verhindern.

2) Es wäre möglich, daß der Prätor sich hiermit ganz begnügt hätte. Er konnte sicher sein, daß in den meisten Fällen der **heres** dadurch bewogen werden würde, den aufgestellten Regeln nachzukommen. Aber jedenfalls mußten dieselben noch viel schnelleren und allgemeineren Eingang finden, wenn er auch *positive* Vortheile dem gehorchenden **heres** darbot. Daß er dies wirklich gethan habe, darauf führt uns schon das im vorigen § Gesagte, wo gezeigt wurde, daß die Form der Ertheilung der **b. p.** sich in zwei Theile auflöse, in die vor dem Prätor vorgenommene Erbschaftsantretung, und in die zur Belohnung dafür vom Prätor zugesicherte Hülfe bei der Besitzergreifung. Dort war dies nur aus einer Vergleichung mit der älteren **pro herede usucapio** abgeleitet, welche Vergleichung sich aus dem genauen Zusammenhang beider Institute rechtfertigt, wie er im vorigen Kapitel dargestellt worden ist.

Jetzt läßt sich dies nun auch, um keinem Zweifel mehr Raum zu lassen, durch bestimmte Quellenzeugnisse darthun. Gaius **III.** 34. spricht von den beiden Intestatklassen, welche zu seiner Zeit allein noch aus den älteren Civilrecht übrig waren, den **sui** und den Agnaten, und erörtert die Bedeutung, welche für sie die **b. p.** habe:

> **Item ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat. quibus casibus *beneficium* ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is, qui ita bonorum possessionem**

Digitized by

petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit, cujus interdicti quae sit utilitas suo loco proponemus, alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili.

Dies Interdictum **quorum bonorum** iſt **adipiscendae possessionis**, mit anderen Worten: es ſoll dadurch die Beſitzergreifung realiſirt oder erleichtert werden. Dies wird als das alleinige **beneficium** („**in eo solo**“) d. h. als der poſitive Vortheil angegeben, welchen der **heres** durch die **bonorum possessio** gewinne, und das iſt es ja auch, was im Grunde lediglich in den Worten **bonorum** oder **hereditatis** [1]) **possessio** liegt. So ſieht man alſo ſchon aus dem Namen ſelbſt, daß der vorzügliche Zweck des Prätors das Heranziehen des **heres** war, deſſen Folgeleiſtung dann mit dem **beneficium** der erleichterten Beſitzergreifung belohnt wurde.

Freilich iſt nun die Bedeutung dieſes **Interd. quor. bon.** ausnehmend beſtritten, was uns im dritten Kapitel zu einer ſehr ausführlichen Unterſuchung veranlaſſen wird. Aber jedenfalls iſt das hier Geſagte unzweifelhaft, während die weitere Frage, wie eigentlich durch das **Int. quor. bon.** die Beſitzergreifung erleichtert worden ſei, jenem ſpäteren Orte zugewieſen bleiben muß [2]).

---

1) Daß **bona** hier ganz gleichbedeutend genommen iſt mit **hereditas**, ſieht man ſchon aus der §. 14 Note 5 citirten Stelle. Es wird ſpäter gezeigt werden, daß der urſprüngliche Name unſeres Inſtitutes **hereditatis possessio** nicht **bonorum possessio** war. —

2) Neben die angeführte Stelle des Gaius, iſt noch eine Aeußerung des Paulus in der Collat. **XVI** 3. 5. zu ſtellen, über deren richtige Lesart man, wie ich glaube, nicht zweifelhaft ſein darf. Die Worte lauten in der Blumeſchen Ausgabe: **Qui sui heredes sunt, ipso jure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes et peregrinantes, quibus bon. possessio propter praetoriam actionem non erit necessaria.** – Wenn wir Paulus nicht die entgegengeſetzte Anſicht im Vergleich zu Gaius beilegen wollen, (und das geht doch unmöglich), ſo müſſen wir vor dem **propter** ein **nisi** einſchieben. Man kann dies wohl unbedenklich, weil die Handſchriften **possessionis** oder **possessiones** haben, (ſ. die

Digitized by Google

Indeſſen läßt ſich ein das Interdict betreffender Punkt abſondern, und gleich hier unterſuchen, einestheils weil er bisher noch nicht in die über das Interdict herrſchenden Streitigkeiten hineingezogen iſt, anderntheils weil er ſich auf den eben im vorigen Kapitel erörterten Zuſammenhang der **b. p.** mit der **pro herede usucapio** bezieht, welcher für das ganze Verſtändniß der **b. p.** von ſo entſchiedener Wichtigkeit iſt, daß man ihn ſo viel wie möglich gleich zu Anfang feſtgeſtellt zu ſehen wünſchen muß.

§. 21. Die Formel des **Int. quor. bon.** iſt uns in **fr. 1. pr. quor. bon.** aufbewahrt und lautet folgendermaßen:

> **(Ait Praetor): Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve**[1] **si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti defineres possidere, id illi restituas.**

Aus den geſperrt gedruckten Worten ſieht man, daß das Interdict auch zu einer Revocation der **pro herede usucapio** dienlich war, indem der ſich auf dieſelbe Berufende angeſehen werden ſoll, als beſäße er nur noch **pro herede** oder **pro possessore**, als habe er alſo die Uſucapion noch nicht vollendet.

Nun wiſſen wir aus Gaius, daß für das Civilrecht erſt durch Hadrian die **pro herede usucapio** aufgehoben iſt, und zwar in derſelben Art, wie ſie durch das Interdict vernichtet wird, nämlich indem gegen den **hereditatis petitor** ſie als unvollendet angenommen wird [2].

Blumeſche Ausgabe) worin ja das possessio nisi faſt ganz unverſtümmelt erhalten iſt. — Daß hier das Int. quor. bon. „praetoria actio" genannt wird, macht keine Schwierigkeit. fr. 37. pr. de o. et a. „Interdicta quoque actionis verbo continentur". —

1) Daß hier Beides, pro herede und pro possessore aus dem Vorhergehenden hinzuzudenken iſt, und nicht bloß das Letztere, hat Arndts in der ſchon citirten Abhandlung über die her. pet. S. 88 u. ff. nachgewieſen.

2) **Gai. II. 57.** — Sed hoc tempore etiam non est lucrativa, nam

Digitized by

Jetzt entsteht die Frage, ob jener Passus im **Interd. quor. bon.** erst in's Edict aufgenommen sei, nachdem durch das Hadrianische Senatusconsult der **her. petitio** die Revocationskraft der **pro. her. us.** verliehen war, so daß also die civilrechtliche Klage Vorbild und Veranlassungsgrund für die Erweiterung des Prätorischen Rechtsmittels gewesen wäre, oder ob man sich den historischen Zusammenhang gerade umgekehrt zu denken habe?

So viel ich weiß, wird heutzutage allgemein das Erstere angenommen [3]), und doch scheint mir das Letztere so sehr viel wahrscheinlicher zu sein. Eine Notiz darüber findet sich freilich in unsern Quellen nicht. Aus Gaius haben wir ja überhaupt erst das Hadrianische **SC.** kennen lernen. Wir müssen uns also mit inneren Gründen begnügen, und diese scheinen mir gegen die bisherige Ansicht, welche ohne alle Gründe als sich von selbst verstehend hingestellt ist, zu überwiegen.

Das Argument, daß zu Hadrians Zeit überhaupt nur noch Weniges in's Edict aufgenommen wurde, beweist doch jedenfalls so viel, daß wir für die Einführung einer Neuerung nicht gleich in dieser Zeit *präsumiren*, und es als sich von selbst verstehend annehmen dürfen, das Prätorische Recht folge hier dem Civilrechte.

Blicken wir nun aber zurück auf die Ursachen, aus denen oben der Ursprung der **b. p.** abgeleitet ist. Wenn es wahr ist, daß der Prätor, um nicht allein sicher, sondern auch *bald* die Creditoren befriedigt zu sehen, eine **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** einführte, so mußte sich die Sache offenbar folgendermaßen gestalten. Das Civilrecht hat vier Klassen, die testamentarischen Erben, die **sui**, die Agnaten und die Gentilen. Die vom Prätor aufgestellten Fristen sind für die **parentes et liberi** ein Jahr, für die Uebrigen 100 Tage [4]).

---

ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones *revocarentur*; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo perinde eam rem consequi, *atque si usucapta non esset*.

3) Savigny in seiner Zeitschr. V. S. 22. Arndts a. a. O. S. 93.

4) Es liegt der Gedanke sehr nahe, daß die Jahresfrist für die paren-

Digitized by Google

Da die testamentarischen Erben doch gewöhnlich fremde Personen sind, so folgt, daß die letzte, die den Gentilen deferirte Frist, ein Jahr und zweihundert Tage nach dem Tode des Erblassers eröffnet wird, was noch um hundert Tage früher sein kann, wenn sich beweisen ließ, daß derselbe intestatus gestorben war [5]).

---

tes et liberi nach einer sehr viel späteren Zeit aussieht, als worein der Ursprung der b. p. zu setzen ist, und daß sie sich anfänglich nur auf die sui bezogen habe.

5) Gegen diesen Satz wird vielleicht zweierlei erinnert werden, weßhalb gleich hier einige Gründe für denselben angegeben werden müssen:

a) Es gelte ja bei der b. p. das utile tempus, während hier die Fristen als continua gerechnet schienen. — Aber utile tempus bedeutet nur die Vergünstigung, von einem Zeitraume gewisse Theile, in denen man an der Vornahme einer Handlung verhindert war, abrechnen zu dürfen, so daß derselbe, obgleich er eigentlich schon verstrichen ist, noch fortgerechnet wird. Also man berechnet beim tempus utile auch immer ein continuum, welche das normale ist, von dem man nur wegen des bestimmten Vorbringens einer Person wieder abgehen kann. Bei der b. p. gestaltet sich also die Sache so, daß, wenn sie z. B. den ersten drei Klassen vergeblich deferirt ist, die Gentilen ganz so gerufen werden, als wenn die Fristen für die anderen Klassen continua gewesen wären. Und das utile tempus bedeutet nur, daß jetzt wo bereits den Gentilen deferirt ist, Jemand aus den früheren Klassen auftreten und es rechtfertigen kann, daß ihm die b. p. gebühre, wodurch dann allerdings die den Gentilen deferirte zusamzusamenfällt (data non intelligitur). — fr. 1. §. 10. de succ. edicto. „Quibus ex edicto b. p. dari potest, si quis eorum .... in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris b. p. perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit. —

b) Man könnte nach fr 1. §. 1. quis ordo in b. p. glauben, daß jedenfalls erst die Frist der b. p. sec. tab. abgelaufen sein müsse, ehe die intestati eröffnet würde, und es käme nichts darauf an, ob man darthun könne, es sei gar kein Testament zurückgelassen worden. Die Worte lauten: Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas, vel contra eas b. p. nemo accepit, intestati datur b. p.

Damit scheint gesagt zu sein, die Frist der b. p. sec. tab. müsse erst abgelaufen sein, ehe die b p. intestati gegeben werde, möge nun ein Testament vorhanden sein oder nicht. Allein fr. 1. §. 3. si

Digitized by Google

Das ist eine Zeit, wie sie unmöglich kürzer genommen werden konnte, um nicht die einzelnen Erbklassen wieder zu sehr durch zu geringe Fristen beeinträchtigt zu sehen. Und sie war von der anderen Seite auch kurz genug, weil doch jedenfalls in den ersten zwei Jahren die Creditoren und Pontifen ihre Befriedigung erhielten. Freilich hatte die ältere **pro herede usucapio** meist schon nach Ablauf des ersten Jahres dazu geführt, aber man muß bedenken, daß wenn es einestheils bei der **b. p.** ein Jahr länger dauere, anderntheils die Erbangelegenheit auch in viel kürzerer Zeit abgemacht werden konnte, und es außerdem ja nicht bloß der Zweck des Prätors war, ein recht eiliges, sondern auch ein sicheres Verfahren einzuführen. Bei den mancherlei Rücksichten, die nach allen Seiten zu nehmen waren, und wodurch sich gerade das Prätorische Institut vor der mangelhaften **pro herede usucapio** auszeichnete, kann man die in zwei Jahren eingeschlossene Erbschaftsregulirung eine so rasche nennen, als nur irgend zu erreichen stand.

Indessen ist doch sicher, daß in den am längsten dauernden Fällen die **b. p.** über den Zeitraum hinausreichte, in welchem die als eine Ersitzung der **res hereditariae** fortbestehende **pro herede usucapio** vollendet werden konnte. Damit aber erhebt sich das Bedenken, wie in solchen Fällen die **b. p.** eigentlich ein wirksames Institut habe sein können. Denken wir

---

tab. test. null. u. fr. 1. § 8 de succ. ed. zeigen, daß die Worte anders zu verstehen sind. Denn wenn durch den Beweis, daß der scriptus heres repudiirt habe, oder gestorben sei, schon vor Ablauf der ihm gesetzten Frist die intest. b. p. eröffnet werden kann, so muß dieß doch auch durch den Beweis möglich sein, daß gar kein scriptus heres wegen des Mangels eines Testamentes auftreten werde. fr. 3 unde lib.

Jene Worte sind so zu verstehen, daß der Zwischensatz si — accepit lediglich zu den Worten sive exstent, nicht auch zu den vorhergehenden sive non exstent gehört; wodurch denn das im Text Gesagte direct bestätigt wird. Man kann sich nämlich den Satz sive exstent bis accepit ganz wegdenken, und so sagt der Jurist:

si tabulae testamenti non exstent, (statim) intestati datur b. p.

Digitized by Google

uns den Fall, es seien den drei ersten Klassen die Fristen nach einander vergeblich deferirt worden, und es seien auch wirklich keine heredes aus diesen Klassen vorhanden, so waren die Gentilen die vom Civilrecht berufenen Erben, von denen wir einmal annehmen wollen, daß sie, weil dritte Personen ihnen zuvorgekommen waren, den Besitz der Erbschaftssachen nicht ergriffen, und überhaupt keine hereditatis aditio vorgenommen hatten. Der Prätor berief sie nun erst 1 Jahr und 200 Tage nach dem Tode des Erblassers zu der vor ihm zu vollziehenden Erbschaftsantretung [6]), welcher dann das beneficium der bonorum possessio d. h. der durch den Prätor bewerkstelligten Besitzergreifung folgte. Dies beneficium, welches durch das Interd. quor. bon. realisirt wird, ist doch offenbar gegen jene dritten Besitzergreifer gerichtet, welchen jetzt durch das Prätorische Imperium genommen werden soll, was auf andere Weise nicht von ihnen zu bekommen war. Nun aber wird dasselbe erst zu einer Zeit ertheilt, wo sie die res hereditariae bereits usucapirt haben, mithin als Eigenthümer ihre Herausgabe verweigern können. Darin liegt, daß dem nach Vollendung der pro herede usuc. die b. p. Erhaltenden das Int. quor. bon. keinen Vortheil mehr gewährt, und doch spricht Gaius es so bestimmt aus, daß für dem civilrechtlichen Erben lediglich hierin der Nutzen der b. p. läge, ein Nutzen der ihm nun aber doch auch wirklich zu Gute gekommen sein muß, wenn Gaius richtig gesprochen haben soll [7]).

Danach scheint mit Nothwendigkeit angenommen werden

---

6) Daß es eine b. p. unde gentiles gegeben habe, läßt sich nicht bezweifeln, wie alsbald wird nachgewiesen werden.

7) Es ist wohl zu bemerken, wie Gaius das Hadrianische SC. vorträgt, welches die Revocation der pro herede usucapio durch die heredit. petitio einführt. Er stellt zuerst II. 52—56 die pro her. us. als ganz practisches Recht dar, und knüpft daran erst im §. 57 die neue aufhebende Verordnung. Wenn das im Int. quor. bon. liegende beneficium erst seit Hadrian allgemeine Bedeutung bekommen hätte, so würde er III. 34. die Sache ebenso dargestellt haben. Statt dessen aber trägt er rein das Prätorische Recht vor, das beneficium muß also wohl ebenso lange bestanden haben, als überhaupt der Prätor die civilrechtlichen Erben zur b. p. rief.

Digitized

zu müſſen, daß das **Int. quor. bon.**, ganz abgeſehen von den materiellen darin liegenden Rechten, wenigſtens nicht von der Zeit abhängig geweſen ſein könne, binnen welcher, vom Todestage an, die **b. p.** ertheilt worden war. Oder mit anderen Worten, das **Int. quor. bon.** muß von Anfang an die Revocation die **pro herede usucapio** enthalten haben, welche wir in ſeiner in den Digeſten enthaltenen Form finden. Ein in vielen Fällen unnützes Inſtitut kann der Prätor nicht haben einführen wollen. —

Zu dieſem Bedenken geſellt ſich noch ein anderes.

Es iſt oben nachgewieſen worden, daß die erſte Periode der **pro herede usucapio** jedenfalls ſchon vor der **lex Voconia** beendigt geweſen ſein muß, da das Pontifenedict, welches älter als dieſe **lex** iſt, jene **usucapio** als eine Erſitzung der Erbſchaftsſachen vorausſetzt (§. 8 zu Note 9). Alſo bereits ſeit dem Jahre 585, und vielleicht noch eine geraume Zeit früher gewährte die **pro herede usucapio** nicht mehr das, um deſſentwillen ſie eingeführt war. Sie war mithin ein unnützes Inſtitut geworden, und je ſtörender ſie nun doch in das Recht des eigentlich berufenen **heres** eingriff, um ſo mehr mußte man ſie alsbald als eine „**improba usucapio**“, wie Gaius [8]) ſich ausdrückt auffaſſen. Dies Reſultat liegt ſo erſtaunlich nahe, daß damit die Nachricht des Gaius, die **pro herede usucapio** ſei erſt unter Hadrian (alſo etwa 300 Jahre nach der **lex Voconia**) unſchädlich gemacht worden, in einem ſchreienden Mißverhältniß ſteht.

Wäre in der That in dieſer ganzen Zeit die **pro her. us. de jure** völlig zuläſſig geweſen, wie ſollen wir es erklären, daß in den uns aufbewahrten Schriftſtellern, namentlich Cicero, ſich nicht die geringſte Klage darüber findet, da ſie doch der Schrecken aller Erben ſein mußte, und dem Cicero, wie wir aus ſeinem Aerger über die **lex Voconia** erſehen können [9]), gewiß nicht gefallen haben würde.

Dagegen erklärt ſich die Sache ganz von ſelbſt, wenn wir

---

8) II. 35.

9) Verr. II. 1. c. 41 — 45. de republ. III. 10.

Digitized by Google

annehmen, daß die Revocation der pro her. us. bereits dieſe ganze Zeit hindurch mittelſt des Int. quor. bon. möglich geweſen ſei. Jetzt war dem Einzelnen ein Mittel gegeben, das ihn vollkommen ſchützen konnte, und von der andern Seite läßt ſich nun leicht einſehen, wie die bon. poss. ein ſo allgemein gangbares Inſtitut werden konnte, dem ſich ſo leicht wohl kein vom Civilrecht gerufener heres entzog. Da es nicht in der Macht des Prätors lag, den heres zum Gehorſam unter ſeine Vorſchriften zu zwingen, ſo kann der wirklich allgemein geleiſtete Gehorſam nur die Folge ſolcher exorbitanter Vortheile geweſen ſein. Und nun kann es uns auch nicht Wunder nehmen, daß man, weil Hülfe genug vorhanden war, ſo viele Jahrhunderte lang gar nicht daran dachte, das im Prätoriſchen Recht Geltende auch auf das Civilrecht zu übertragen, und auch der her. pet. die Revocationskraft beizulegen, bis denn endlich unter Hadrian dieſer allerdings noch immer wünſchenswerthe Schritt geſchah.

Dies Reſultat ſtimmt auch ganz mit den Geſichtspunkten überein, unter denen der Urſprung der b. p. dargeſtellt worden iſt. Es war die Abſicht des Prätors ein beſſeres Inſtitut an die Stelle der hier weggefallenen älteren pro herede usucapio zu ſetzen. Darin aber liegt ſchon unmittelbar, daß er nun auch den zweckloſen Wirkungen entgegentreten mußte, welche aus der pro herede usucapio in ihrer zweiten Geſtalt hervorgingen. Es handelt ſich ja nicht darum, darzuthun, daß überhaupt das Int. quor. bon. eine Revocation der pro herede usuc. enthalten habe, ſondern nur, daß dies nicht ein ſpäterer Zuſatz ſei, und dafür iſt der ſo genaue Zuſammenhang mit dem eigentlichen Veranlaſſungsgrunde der b. p. von unmittelbarer Beweiskraft [10]).

§. 22. Ich gelange zu der zweiten Frage, welche in dieſem Kapitel zu erörtern iſt (§. 18), wen nämlich der Prätor,

---

10) Ein letzter, bedeutender Beweisgrund für die hier vorgetragene Anſicht kann erſt unten bei der Entwicklung des Int. quor. bon. ſeine Stelle finden.

Digitized

sobald der **heres** die ihm anberaumte Deliberationsfrist verstreichen ließ, an dessen Stelle habe succediren lassen? Die darauf oben bereits gegebene Antwort, daß hierzu anfangs nur die übrigen Klassen des Civilrechts gerufen worden seien, muß jetzt genauer ausgeführt werden. —

Es leuchtet auf den ersten Blick ein, daß mit dieser Antwort nichts Absolutes, sondern ein rein relatives Verhältniß ausgedrückt ist. Der **heres** kann ja in der ersten Erbklasse stehen, er kann auch in der letzten berufen sein, wenn nämlich aus den früheren Klassen Niemand vorhanden ist. Ist Letzteres der Fall, so findet allerdings in soweit eine **b. p.** statt, als gerade auch diese letzte Klasse zur Erbantretung vor dem Prätor berufen wird; wenn aber auch diese letzte Frist unbenutzt verstrichen ist, so muß hier anfangs das Institut der **b. p.** ihr Ende gehabt haben. Die Creditoren, die Niemand hatten, der ihnen gegenübertrat, schritten alsdann zur eigenmächtigen Besitznahme der Güter.

Ganz anders gestaltet sich die Sache, wenn der **heres** in einer früheren Erbklasse steht. Es befinden sich hinter ihm noch Andere, die das Civilrecht gerufen haben würde, wenn jener nicht vorhanden wäre. Hier läßt nun der Prätor diese späteren Klassen in die Stelle des säumigen **heres** eintreten, damit die leidige Beschlagnahme des Vermögens von Seiten der Creditoren verhindert würde. In einer je früheren Klasse also der wirklich vom Civilrecht gerufene **heres** steht, desto mehr Klassen sind vorhanden, die dann successive hinter ihm drein gerufen werden.

Ehe nun aber diese **ordinum successio** nach ihren einzelnen Theilen geprüft wird, muß untersucht werden, in wie weit denn eigentlich dem älteren Civilrecht dieselbe fremd gewesen sei. Um den Faden der Entwicklung nicht zu stören, ist diese Frage, so weit sie sich nicht ganz unzweifelhaft beantworten läßt, im vorigen Kapitel absichtlich vermieden worden; es ließ sich dies unbedenklich thun, weil das was davon sicher ist, hinreichte, um den Ursprung der **b. p.** darzustellen.

Sicher nämlich ist, daß das ältere Civilrecht, so lange aus dem vorhergehenden **ordo** Jemand vorhanden ist, niemals eine neue Delation vornimmt, m. a. W. es kann dem früher Berufenen nie gegen seinen Willen (etwa durch Zeitablauf) sein

Digitized by Google

Erbrecht, auch wenn er es noch nicht acquirirt hat, genommen und auf einen Anderen übertragen werden. Die 12 Tafeln knüpfen überhaupt bei den späteren Intestatklassen die Begründung des Erbrechts an das Nichtvorhandensein der vorhergehenden Klasse [1]), und auch wieder die erste Intestatklasse, die sui, sind ebenso durch das Vorhandensein eines scriptus heres [2]) ausgeschlossen, wie sie selbst den Agnaten und Gentilen alles Recht nehmen. Diese Sätze genügten, um den Ursprung der b. p. zu verstehen, in welcher ebenso unzweifelhaft die dem Civilrecht entgegengesetzte Regel statt findet, daß nämlich das Vorhandensein von Personen aus einer früheren Klasse nach Ablauf einer gewissen Zeit die Delation an die folgende Klasse nicht hindere.

Aber wir müssen jetzt einen Schritt weiter gehen. Wenn die b. p. dem folgenden ordo deferirt wird, selbst beim Vorhandensein des früheren, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe auch eintreten muß, wenn der frühere ordo, ohne angetreten zu haben, definitiv hinweggefallen ist, was durch Tod oder ausdrücklichen Verzicht geschehen kann. Wie verhält sich dies nun im Civilrecht? Läßt es nicht wenigstens in diesen Fällen eine Berufung der folgenden Klasse zu, oder war auf sie ebensowenig wie auf Zeitablauf eine ordinum successio gebaut?

In Beziehung auf die drei Intestatklassen läßt sich dies leichter beantworten. Der suus steht in einem ganz anderen Verhältniß, als die übrigen zur Erbschaft Berufenen. Da er die Erbschaft ipso jure erwirbt, so kann sein Tod nicht der Grund einer neuen Delation an die Agnaten werden, denn

---

1) Gai. III. §. 9. — si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. — §. 17. si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat.

2) Natürlich setze ich ein civilrechtlich gültiges Testament voraus. — Ein Notherbenrecht der sui war zur Zeit der 12 Tafeln noch nicht vorhanden, aber auch als es später aufkam, erhielt es nicht die Gestalt, als wenn dadurch ein Uebergang der Delation vom scriptus heres auf den präterirten suus bewirkt werde.

Digitized by Google

wir sprechen hier natürlich nur von dem vor der Antretung erfolgten Tode des berufenen Erben. Mit der Acquisition der Erbschaft ist das Schicksal derselben definitiv entschieden, es kann also von keiner weiteren Berufung die Rede sein. Ebenso ist aber auch das Eintreten der Agnaten für den Fall undenkbar, daß der suus auf sein Erbrecht verzichten wollte. Denn er ist zugleich **necessarius heres**, er darf gar nicht der Erbschaft entsagen, und wenn ihm auch vom Prätor das **beneficium abstinendi** gegeben ist, so geht dies doch jedenfalls nicht so weit, daß dadurch eine neue civilrechtliche Delation der Erbschaft (und davon ist hier allein die Rede) möglich gemacht würde [3]). Aber auch von den Agnaten auf die Gentilen ist, wie uns Gaius ausdrücklich sagt [4]), kein Uebergang der Berufung im Fall des Todes oder des Verzichtes möglich; was sich leicht daraus erklärt, daß die 12 Tafeln die folgende Klasse nur berief, wenn aus der vorhergehenden gar Keiner zur Todeszeit des Erblassers vorhanden ist (s. Note 1), weßhalb denn das spätere Hinwegfallen gar nicht in Betracht kommen kann.

Wenn also der Satz: **in legitimis hereditatibus successio non est** im weitesten Sinne zu nehmen ist, so daß das Intestaterbrecht ein „höchstpersönliches" Recht war, welches, wenn auch der Berufene es nicht geltend machen wollte, doch nie im Folge des Gesetzes einem Anderen übertragen werden konnte [5]), — so bleibt nur noch ein Punkt zweifelhaft, wie

---

3) fr. 30. §. 10 u. 12. de fidei comm. lib. fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 28. de reb. auctor. judic.

4) III. 12. — Nec in eo jure successio est; ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam aderit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit. Neuerdings ist indeß doch diese Regel in Beziehung auf das Eintreten der Gentilen in die Stelle des proximus agnatus von berühmten Juristen bezweifelt worden. Es wird sich dies weiter unten (§. 33) passender widerlegen lassen, und möge deßhalb hier noch ignorirt werden.

5) Eben deßhalb fand man es nöthig, wenigstens vertragsmäßig diesen Uebergang bewirken zu können. Daher die in jure cessio der noch nicht angetretenen legitima hereditas. Gai. II. 35.

Digitized by Google

es sich nämlich mit dem Uebergange von der testamentarischen zur Intestatsuccession im Civilrecht verhalten habe?

1) Daß derselbe, wenn sich wirklich ein (mit der Antretung zögernder) **scriptus heres** vorfand, durch Zeitablauf anfangs nicht möglich war, ist oben zur Genüge nachgewiesen. Es erklärte sich gerade daraus die Entstehung der **cretio** und der **pro herede usucapio**; und daraus folgt wieder, daß nachdem die Letztere ihre zweite Gestalt annahm, eine gesetzliche und allgemein gültige Verjährung des deferirten testamentarischen Erbrechts nicht mehr bestand, dieselbe vielmehr von der Disposition der die **cretio** vorschreibenden Testatoren abhängig war. —

2) Jetzt ist aber zu untersuchen, ob nicht, abgesehen vom Zeitablauf, wenigstens aus anderen Gründen, welche das definitive Wegfallen des **scriptus heres** nach dem Tode des Testators bewirken können, eine Succession der Intestaterbfolge auf die testamentarische möglich gewesen sei. Einestheils gehören dahin die schon bei den Klassen der Intestaterbfolge erwähnten Fälle des Todes und des Verzichtes (**destitutum testamentum**), anderntheils einige der testamentarischen Succession eigenthümliche Fälle, die im Gebiete des Notherbenrechtes liegen [6]). Wenn nämlich vom Richter das **testamentum** für **inofficiosum** erklärt wird, so tritt jetzt in der That Intestatsuccession ein, während bisher das Testament als ein gültiges angesehen worden war. Ebenso gilt das Testament, in dem ein **postumus** präterirt ist, und es wird erst später durch dessen Erscheinen rumpirt. Indessen kommen für uns diese beiden Fälle hier nicht weiter in Betracht, da der erstere entschieden, der letztere wenigstens nach der richtigen Ansicht [7]) späteren

---

6) Es versteht sich von selbst, daß hier von den vielerlei Gründen gar nicht die Rede ist, wodurch das Testament als ab initio nullum angesehen wird. Da alsdann gar kein Testament vorhanden ist, so tritt von Anfang an Intestaterbfolge ein, während wir hier die Fälle ins Auge fassen, in denen anfangs die testamentarische und erst später die Intestatsuccession deferirt wird.

7) S. Mühlenbruch Commentar Bd. 36. S. 147 ff. cf. fr. 120. de V. S. — „sed id interpretatione coangustatum est, vel legum

Digitized by Google

Ursprungs ist, während wir hier von dem Rechtszustande der früheren Zeit, wie ihn die 12 Tafeln feststellten, sprechen. Es bleibt also doch nur für das **destitutum testamentum** die Frage übrig, ob dabei ein Uebergang auf die Intestaterbfolge statt gefunden habe. In der *späteren* Zeit des Römischen Rechtes ist dies ganz unzweifelhaft, aber es muß auch gleich bemerkt werden, aus welchem juristischen Grunde man es rechtfertigte.

Im Allgemeinen ist der Zeitpunkt der Delation einer Erbschaft das **mortis tempus**. Meistens macht dies nun auch für die Intestaterbfolge gar keine Schwierigkeit. Aber eben im Falle des **destitutum testamentum** kann man damit offenbar nicht ausreichen, da ja hier mit dem Todestage zuerst die Erbschaft den **scripti heredes** deferirt wird. Uns, die wir an den Gedanken einer **ordinum successio** gewöhnt sind, scheint das nicht die mindeste Schwierigkeit zu haben; indem, sobald die erste Delation von keinem Erfolg gewesen ist, man eine *neue* Berufung an die Nächstfolgenden annimmt [8]). Allein das ältere Civilrecht faßt die Sache in einer Weise auf, welche unverkennbar zeigt, daß man eine **ordinum successio nicht** bloß bei den einzelnen Intestatklassen, sondern auch von der testamentarischen zur Intestaterbfolge für etwas Unmögliches gehalten habe [9]).

---

vel auctoritate jura constituentium. — Ich glaube kaum, daß diese Worte einer Umstellung bedürfen (s. Heineccius de origine testamentifactionis etc. ritu testandi antiquo. — in der Opusc. var. sylloge. p. 972.). Es ist die interpretatio des fr. 2. §. 5. de orig. jur. gemeint; das jus, quod sine scripto venit, das reine Gewohnheitsrecht, hat den Satz der 12 Tafeln eingeschränkt, und ist in leges und von den Juristen anerkannt worden.

8) Direct ist dies freilich auch im Justinianischen Rechte nicht ausgesprochen.

9) Es ist nicht leicht, nachdem man einen freieren Gesichtskreis genommen hat, sich in einen engeren hineinzudenken und gleichsam einzuleben. Will man aber den Rechtszustand einer früheren Zeit in sich reproduciren, so ist dies ein unumgängliches Erforderniß. Es ist passend dies gerade in Beziehung auf den hier besprochenen Punkt zu bemerken, bei welchem man sagen kann, daß die Römer sich ganz

Digitized by Google

Der Grund, weßhalb unter den einzelnen Intestatklassen keine **successio** möglich sei, kann nur der gewesen sein, daß der **heres** in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, ohne daß diese unterbrochen würde, eintreten solle, alles Recht des Erben sich daher auch vom Augenblicke des Todes datiren müsse, weil in dem später deferirten Erbrecht eine Unterbrechung der Persönlichkeit liegen würde. Dieser Grund, der nicht eine öftere successive Delation zuließ, paßt nun aber offenbar ebensogut auf das Verhältniß zwischen der testamentarischen und Intestaterbfolge, als auf das der einzelnen Intestatklassen unter einander. Also wenn mit dem Todestage die Erbschaft den **scripti heredes** deferirt ist, so kann später nicht eine neue Delation an die Intestaterben statt finden. Aber, wie bereits bemerkt, das spätere Röm. Recht läßt dieselben dennoch im Fall des **destitutum testamentum** zu, und erklärt dies in der Weise, als wenn die Intestaterbfolge gleich mit dem Tode, aber noch unter einer Bedingung, eröffnet worden wäre.

Man concipirte die allgemeine Regel: Jeder könne **ab intestato** Erbe werden, welcher zu der Zeit der Nächste sei, wo der Erblasser entschieden **intestatus** gestorben wäre [10]). **Intestatus** ist hier in einem weiteren Sinne genommen. Eigentlich kann das Wort, namentlich in der Verbindung mit **decedere**, nur bedeuten, es *sterbe* Jemand ohne Hinterlassung eines *bei seinem Tode* gültigen Testamentes. Hier indessen umfaßt es auch die Fälle, wo Jemand **testatus** gestorben ist,

---

unnütze Schwierigkeiten selbst aufgethürmt haben, die ein nur etwas freierer Blick mit Leichtigkeit zu überspringen vermag.

10) §. 7. J. de her. quae ab int. — Quum autem quaeritur, an quis suus heres exsistere possit, eo tempore quaerendum est, *quo certum est, aliquem sine testamento decessisse*, quod accidit et *destituto* testamento Hac ratione si filius exheredatus fuerit, et extraneus heres institutus est, et filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse heres, aut quia non potuit, nepos avo suus heres existet, quia *quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias*, solus invenitur nepos; et hoc certum est.

Digitized by Google

deſſen Teſtament dann aber ſpäter wieder vernichtet wird [11]). Darin ſcheint ein Widerſpruch zu liegen, der aber mehr in den Worten als in der Sache enthalten iſt. Es ſoll damit ausgedrückt werden, daß auch die Inteſtatſucceſſion ganz auf die Todeszeit, das **decedere**, zurückbezogen wird, daß ſie aber noch bedingt iſt durch das Wegfallen eines gültigen Teſtamentes, und erſt von hier an, wie bei jeder Bedingung der Fall iſt, ihr eigentliches Daſein erhält.

Der Sache nach iſt alſo beim **destitutum testamentum** ein wahrer Uebergang von der teſtamentariſchen zur Inteſtatſucceſſion vorhanden, da man gerade das Teſtament anfangs für ein gültiges erkennen mußte, während man es, der Form nach, durch jene Regel an die Fälle anſchloß, in denen von Anfang an kein gültiges Teſtament vorhanden war. Es fragt ſich, wie und wann dieſe Regel, welche wir eben nur mit Stellen aus Juſtinians Inſtitutionen belegt haben, die ſich aber auch ſchon bei den klaſſiſchen Juriſten findet [12]), entſtanden ſei?

Für eine Beſtimmung der 12 Tafeln kann man ſie aus dem ſchon angegebenen Grunde wohl unmöglich halten, denn wenn dieſe eine Succeſſion der Inteſtaterbfolge auf die teſtamentariſche anerkannt hätten, weßhalb ſollten ſie daſſelbe nicht auch bei den einzelnen Inteſtatklaſſen haben gelten laſſen? Auch das ſo allgemein redende Bruchſtück der 12 Tafeln über die Kraft der Teſtamente wäre damit nicht zu vereinigen. „**Uti pater legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.**“ Das Teſtament iſt ein Geſetz für alle Intereſſirten, es vernichtet von vorn herein den Anſpruch der legitimen Erben, alſo kann dieſer Anſpruch nicht dadurch wieder Kraft erhalten, daß aus jenem Geſetze Niemand Anders Rechte ableitet. Weil man nur eine einmalige Delation für möglich hielt, ſo mußten beim **destitutum testamentum** die **bona**

---

11) pr. J. de her. quae ab int. Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres exstitit. Coll. leg. Mos. et Rom. XVI. 3 §. 1.

12) fr. 2. §. 5 u. 6. de suis et legit. hered.

Digitized by Google

ebensogut erblos werden, wie wenn der berufene **proximus agnatus** verzichtet hatte, und auch noch so viele entferntere Agnaten und Gentilen vorhanden waren. Der ganze Satz **in legitimis hereditatibus non datur successio** ist gar nicht für eine ausdrückliche Vorschrift der 12 Tafeln zu halten, sondern es war eine Rechtsansicht der damaligen strengen Zeit, aus der die Conception der 12 Tafeln selbst hervorging, und welche dann wieder in dieser ihre Stütze fand. Um so weniger kann sie sich aber auf die Intestatklassen beschränkt haben.

Gerade in der Strenge dieser Rechtsansicht liegt der Grund, daß man später auf Mittel sann, um der Creditoren und Pontifen willen eine **successio** einzuführen. Die **b. p.** trat an die Stelle der **cretio** und **pro herede usucapio**, und erst durch das Prätorische **successorium edictum** gewann man einen freieren Gesichtspunkt, man sah ein, daß man sehr wohl einen erst *nach* dem **mortis tempus** beginnenden Zeitpunct der Delation annehmen könne, ohne das juristische Princip aufgeben zu brauchen, daß für den wirklich eintretenden Erben sich Alles auf den Augenblick des Todes zurückbeziehe [13]). Ist es zu verwundern daß der durch das Prätorische Edict freier gewordene Blick sich auf das Civilrecht zurückwandte, um ihm, so viel irgend möglich war, eine minder schroffe Gestalt zu geben. Wer mit solcher Absicht die Interpretation der 12 Tafeln versuchte, dem boten sich freilich rücksichtlich der einzelnen Intestatklassen unübersteigliche Hindernisse dar, weil nach den 12 Tafeln zu bestimmt nur dann ein Erbrecht für die folgende Klasse *entstand*, wenn überall Keiner aus der vorigen Klasse vorhanden war. Aber rücksichtlich der **successio** von Intestaterben auf die testamentarischen, waren die Worte so gefaßt, daß sich eine mildernde Interpretation daran knüpfen ließ. Wir sind im Stande dies noch ziemlich sicher wiederzuerkennen. Die 12 Tafeln sagten:

> **Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto** [14]).

---

13) fr. 193. de regul. jur.
14) Ulp. XXVI. 1.

Digitized by Google

Man nahm dieſe Worte: **si int. moritur** jetzt in dem ſchon erörterten weiteren Sinn, indem man auch den **cui nemo ex testamento heres exstitit**, als **intestatus** anſah (ſ. Note 11). Man dachte nicht daran, wirklich nun den Fall des **destitutum test.** in aller Weiſe auf gleiche Stufe zu ſtellen mit den Fällen, in denen gar kein Teſtament zur Todeszeit vorhanden iſt, man hat vielmehr ſtets den bedeutenden Unterſchied erkannt, der zwiſchen dem einen und den anderen herrſchte. Aber indem man hier in der That eine partielle **ordinum successio** in's Civilrecht bringen wollte, mußte man ſich den Worten der 12 Tafeln accommodiren. Man legte dem Worte **intestatus** einen weiteren Sinn bei, den es an ſich nicht hatte, und ſo ſtellte man, augenſcheinlich ſich ganz an die Geſetzesworte haltend, jene Regel auf, daß der Delationszeitpunkt der Inteſtaterbfolge nicht immer das **mortis tempus**, ſondern der Augenblick ſei, **quo certum fuit, aliquem intestatum decessisse.** So erreichte man es, daß die Deſtitution des Teſtamentes (welche auch Juſtinian in der Note 10 citirten Stelle vorzüglich hervorhebt) eine wahre **ordinum successio** zur Folge hatte, und man konnte auch keinen Augenblick zögern, als das Notherbenrecht der **sui** aufkam, das durch einen **postumus** rumpirte Teſtament (ſ. Note 7) ganz aus demſelben Geſichtspunkte zu betrachten.

§. 23. Das Reſultat des vorigen § läßt ſich folgendermaßen zuſammenfaſſen:

Es gab anfangs im Civilrecht auch keine **successio** von der teſtamentariſchen auf die Inteſtaterbfolge [1]); erſt ſpäter iſt ſie, wahrſcheinlich auf Veranlaſſung der ſchon be-

---

1) So iſt denn auch der Satz: **in legitimis hereditatibus nulla est successio** aus ſpäterer Zeit. Früher muß er etwa gelautet haben: **In omnibus hereditatibus nulla est successio**; oder es muß das Wort „legitimis" in einem weiteren Sinn genommen ſein, den Ulpian in fr. 130. de V. S. andeutet, und den auch Gaius kennt, indem er IV. 34. die **legitima successio** der prätoriſchen entgegenſetzt.

Digitized by Google

stehenden b. p., aus einer erweiternden Interpretation der 12 Tafeln hervorgegangen.

Wir dürfen indeß diesen Punkt nicht verlassen, ohne daraus noch die unmittelbar sich ergebenden Folgerungen abzuleiten, und anderntheils ihn durch einige sich darbietende Argumente zu befestigen. — Der durch die Interpretation der 12 Tafeln bedingte Satz: **tempus spectandum esse, quo certum sit, aliquem intestatum decessisse**, sagt einerseits zu viel, und man war keineswegs gemeint alle darin liegenden Consequenzen für gültig anzuerkennen; und umgekehrt ist damit wieder nicht ausdrücklich gesagt, was man damit eigentlich hat erreichen wollen. Beides erklärt sich daraus, daß man um das Civilrecht zu verändern, sich formell an die Worte der 12 Tafeln binden mußte, dabei aber sehr wohl wußte, was der wahre Sinn der Rechtsänderung sei. Daß jene Regel zu viel sage, läßt sich leicht nachweisen. Es liegt darin, daß ein **destitutum testamentum** so angesehen werden soll, als wenn gar kein Testament errichtet, oder nur eine Urkunde vorhanden wäre, die von Anfang an nicht als ein gültiges Testament erscheint. Aber bekanntlich ist dies kein allgemein gültiger Satz, denn ein **dest. test.** hat z. B. doch immer die Kraft ein früheres Testament zu rumpiren. Wir haben also anzunehmen, daß diese Gleichstellung der Destitution mit anderen Testamentsmängeln lediglich auf den einen Punkt zu beziehen ist, um dessentwillen man sie aufgestellt hat, nämlich um daraus die **successio** der Intestaterben zu rechtfertigen. Aber darin liegt auch zugleich, daß die Regel zu wenig sagt, denn man sprach nicht direct aus was man wollte, man erkannte nicht unmittelbar an, daß eine Aufeinanderfolge zwischen testamentarischen und Intestaterbschaft bestehe, man drückte den Worten nach, um mit den 12 Tafeln nicht in Conflict zu gerathen, etwas Anderes aus, das aber doch dem Wesen nach wirklich jenes Resultat in sich enthielt.

Daraus folgt, wie wir im Justinianischen Recht, das ja auch unsere Regel recipirt hat, dieselbe aufzufassen habe. Wir müssen nicht mehr und nicht weniger darin finden, als wenn ausdrücklich gesagt wäre, daß ebenso wie unter den Intestatklassen der

Nov. 118, so auch von der testamentarischen zur Intestatordnung eine Reihenfolge der Berufung statt finde, und wir dürfen nicht im Geringsten Bedenken tragen, dies stets als eine ganz neue Delation anzusehen [2]). —

Kehren wir von diesem historischen Endpunkte noch einmal zu dem Anfangspunkte zurück. Es ist im vorigen § gezeigt, daß die besprochene partielle **successio ordinum** in der älteren Zeit nach den 12 Tafeln nicht bestanden haben könne; daß sie wohl erst durch die schon bestehende b. p. hervorgerufen sei, ist eine zugleich geäußerte Vermuthung, die ich freilich nicht direct beweisen kann, die mir aber die innere Wahrscheinlichkeit für sich zu haben scheint [3]). Indeß kommt hierauf weniger an, während jener andere Satz, daß überhaupt diese partielle **successio** einer erst späteren Zeit angehöre, von Wichtigkeit ist; und dafür muß nun noch, abgesehen von den schon angegebenen Gründen, das Zeugniß des Gaius erwähnt werden, um so mehr weil dessen Worte auf den ersten Blick gegen die hier vorgetragene Ansicht zu sprechen scheinen. Gaius sagt III. 11., indem er von der civilrechtlichen Klasse der Agnaten redet:

> **Non tamen omnibus simul agnatis dat lex duodecim tabularum hereditatem, sed his qui, tunc cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt.**

Hier scheint geradezu gesagt zu sein, daß bereits die 12 Tafeln selbst diesen Zeitpunkt der Delation angeordnet hätten. Aber es ist zu bemerken, daß die gesperrt gedruckten Worte

---

2) Dies ist ausdrücklich in einer Stelle von Ulpian ausgesprochen. fr. 70. pr. de a. vel. o. her. — In plurium heredum gradibus hoc servandum est, ut, si testamentum proferatur, prius a scriptis incipiatur, deinde transitus fiat ad eos, ad quos legitima hereditas pertinet, etiam si idem sit, ad quem utroque modo pertineat; nam hoc gradatim consequitur, ut prius ex testamento delatam, deinde legitimam repudiet. Idem juris est in bon. possessione, ut prius scriptus repellat b. possessionem, deinde is qui ab intestato petere potest. —

3) Ein Argument wird sich dem tiefer Sehenden noch aus der in der vorigen Note citirten Stelle darbieten. Vergl. fr. 69. de a. vel o. her. u. fr. 10. de jure deliber.

Digitized by Google

einen Zwischensatz bilden, die keineswegs eine logische Nothwendigkeit uns zwingt, ebenso wie den Hauptsatz für eine Bestimmung des Gesetzes zu halten. Wenn dies der Fall wäre, so würden sie doch dann ebenso wie bei Gaius in der Form eines Zwischensatzes, in den 12 Tafeln gestanden haben, denn wenn man zugeben will, Gaius habe sie anders woher genommen, so läßt sich dann ebensogut denken, daß sie aus einer anderen Quelle des Civilrechts genommen seien, als aus einer anderen Stelle der 12 Tafeln. In diesen aber war, wie wir aus dem uns erhaltenen Bruchstück sehen, (s. §. 22 Note 13) jener Zwischensatz bei der Agnatenklasse nicht gemacht. Ueberdem ist ja jene Regel eine sich auf alle Intestatklassen im Verhältniß zur testamentarischen Erbfolge beziehende, und also auch nicht wahrscheinlich, daß die 12 Tafeln sie gleich hinter jenen §. 22 Note 13 citirten Worten in einem uns nicht erhaltenen Satze [4]) vorgetragen hätten, was auch deßhalb nicht anzunehmen ist, weil Paulus dieselbe nicht bei der Agnatenklasse sondern bei der der sui erwähnt [5]).

Wenn also der fragliche Zwischensatz kein rein mit dem Hauptsatze von Gaius aus den 12 Tafeln geschöpfter sein kann, so verschwindet auch der allerdings vorhandene Schein, als wenn er denselben überhaupt dem Gesetze entlehnt hätte, und so kann das Gewicht der Gründe, wonach wir ihm einen späteren Ursprung angewiesen haben, durch die angeführte Stelle nicht geschwächt werden. Gaius schob bloß um der Kürze willen hier eine Rechtsregel ein, welche er ebensogut bei jeder der anderen Intestatklassen hätte erwähnen können, und die, wenn er weitläuftiger, dann aber auch deutlicher gewesen wäre, selbständig in Beziehung auf alle Klassen vorgetragen haben würde. Daß dem wirklich so sei, sehen wir aus den gleich folgenden Worten des Gaius selbst, der im §. 13 jenen Zwischensatz noch einmal wieder aufnimmt, also wohl selbst zu kurz und undeutlich gefunden haben muß. Aus der Art, wie er denselben hier

---

4) Ueberhaupt glaube ich, daß man annehmen darf, die 12 Tafeln haben selbst nicht Mehr über die einzelnen Erbklassen enthalten, als uns in Ulp. XI. 14. — XXVI. 1. u. Collat. XVI. 4. aufbewahrt ist. Die Gründe würden hier zu weit führen.

5) Coll. leg. Mos. et R. XVI. 3. §. 11.

weiter interpretirt, ſehen wir zur Genüge, daß das Ganze keine Beſtimmung der 12 Tafeln geweſen ſein könne, es verſchwinden alſo die Zweifel, die der §. 11. allenfalls erregen könnte.

> **Ideo autem non mortis tempore, quis proximus sit, requirimus, sed eo tempore quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est, tunc ex iis requiri proximum, quum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem.**

Gaius findet es für gut, den im §. 11. vorgetragenen Satz noch beſonders zu rechtfertigen, indem er auf die Möglichkeit der Deſtitution des Teſtamentes hinweiſt, wo denn ohne jenen Satz eine Erbloſigkeit des Nachlaſſes eingetreten wäre. Daß er aber überhaupt eine Rechtfertigung unternimmt, zeigt, daß die 12 Tafeln dieſe Beſtimmung noch nicht gemacht haben können, denn dieſe ſtanden in ſolchem Anſehen, daß ihre guten Vorſchriften nicht weiter gelobt zu werden brauchten. Im Gegentheil muß es, weil man ſie rechtfertigte, eine Regel geweſen ſein, die an ſich dem Willen der 12 Tafeln entgegentrat, aber dieſem doch wegen ihrer Brauchbarkeit gleichſam untergeſchoben wurde. Und ſo erkennen wir denn auch dieſe durch die Interpretation der Juriſten geſchehene Reception aus den einzelnen Worten: **requirimus, visum est**, womit eine geſetzliche Beſtimmung unmöglich gemeint ſein kann. —

Zugleich läßt ſich nun auch erklären, weshalb die ganze Rechtsregel von Gaius bei der einzelnen Klaſſe der **agnati**, von Paulus bei der der **sui** erwähnt wird, während ſie doch eigentlich einen ganz anderen Platz verdient hätte? Eben weil ſie aus den Worten „**si intestatus moritur**“ herausinterpretirt war, alſo aus den Anfangsworten des Satzes, in welchem die 12 Tafeln mit möglichſter Kürze die Klaſſen der **sui** und **agnati** zuſammengedrängt hatten.

§. 24. Nachdem jetzt die civilrechtliche Unzuläſſigkeit einer **successio ordinum** geprüft iſt, kann der im Anfange des §. 22. angeſponnene Faden wieder aufgenommen werden. Es wurde dort bemerkt, daß die ganze vom Prätor eingeführte

Digitized by Google

ordinum successio ein lediglich relatives Verhältniß iſt, welches davon abhängt, in welcher Klaſſe der civilrechtliche **heres** ſteht. Das **successorium edictum** hat gerade ebenſoviel Erbklaſſen als das Civilrecht, aber es ließ ſich doch ſehr viel mehr damit ausrichten, weil alle Klaſſen in eine beſtimmte Zeit eingeſchloſſen waren, und ſomit die ſpäter Stehenden in die Stelle des vor ihnen berufenen **heres** einrücken konnten. Wir haben alſo als den Fundamentalſatz ſtets feſtzuhalten, daß der Prätor vor Allem den **heres** ſelbſt zu ſich ruft (§. 19—21.), daß er mithin alle Klaſſen des Civilrechts nacheinander berufen muß. Darin liegt denn aber auch zugleich, daß er, wenn der **heres** in einer früheren Klaſſe ſteht, die ſpäteren Klaſſen nur als einſtweilige Repräſentanten des **heres** ruft, welche auch nach Civilrecht wirkliche **heredes** ſein würden, wenn ſie, ebenſo wie ſie die b. p. agnoscirt haben, die vom Civilrecht zunächſt Berufenen wären. —

Indem wir hier dieſen Satz, abgeſehen von den im erſten Kapitel enthaltenen Gründen, beweiſen wollen, muß ſich die Argumentation in zwei Theile trennen. Es muß zuerſt poſitiv dargethan werden, daß das **successorium edictum** an und für ſich Nichts, als eine Aufeinanderfolge der civilrechtlichen Klaſſen geweſen ſei, worauf denn zweitens die genaueren Bedingungen in's Auge zu faſſen ſind, unter denen der Prätor dem Einzelnen das Repräſentationsrecht des **heres** gegeben habe (§. 26 ff.).

Jener erſte Beweis beruht auf der Interpretation der ächten Edictsworte, welche uns glücklicherweiſe erhalten ſind. Es leuchtet ein, daß in ihr der eigentliche Schwerpunkt einer jeden Anſicht über Urſprung und Begriff der b. p. concentrirt iſt; und wir werden dadurch aufgefordert, bei ihr mit ganz vorzüglicher Schärfe und Genauigkeit zu Werke zu gehen, um ſo mehr, weil die bisherigen Erklärungsverſuche, wie gezeigt werden wird, noch nicht in allen Punkten die richtigen ſind.

Cicero bringt in ſeiner Anklage gegen den Verres un-

Digitized by Google

ter anderen Anſchuldigungsgründen auch den vor, daß Verres als **Praetor urbanus** das Edict unrechtmäßiger Weiſe und in Folge einer Beſtechung verändert habe (**II. 1. cap. 44—46**). Dabei wird die Stelle des bisherigen Edictes, wie es **translatitium** geworden war, mitgetheilt, und dem Verriniſchen Edicte gegenübergeſtellt. Dieſe von Cicero vorgenommene Vergleichung iſt indeß für das Verſtändniß der älteren Edictsworte ſelbſt zu wichtig, als daß nicht der ganze Anklagepunkt unverſtümmelt hier mitgetheilt werden müßte.

Posteaquam jus Praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus: *si tabulae testamenti non proferrentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessio daretur.* **Quare hoc sit aequissimum, facile est docere: sed in re tam usitata satis est ostendere, omnes antea jus ita dixisse, et hoc vetus edictum translatitiumque esse (§. 115.). Cognoscite aliud hominis in re vetere edictum novum: et simul, dum est unde jus civile discatur, adolescentes ei in disciplinam tradite. Mirum est hominis ingenium, mira prudentia. —**

Minucius quidam mortuus est ante istum Praetorem. Ejus testamentum erat nullum. Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habuerunt, possessio Minuciae genti esset data. Si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tunc non exstaret, lege ageret in hereditatem: aut pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret. Hoc opinor jure et majores nostri et nos semper usi sumus. Videte ut hoc iste correxerit:

(§. 116.) Componit edictum iis verbis, ut quivis intelligere possit, unius hominis causa conscriptum esse. Tantum, quod hominem non nominat: causam quidem totam perscribit; jus, consuetudi-

Digitized by Google

nem, aequitatem, edicta omnium negligit. (Ex edicto urbano:) *Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.* — Quid id ad Praetorem, uter possessor sit? nonne id quaeri oportet, utrum possessorem esse oporteat? ergo quia possessor est, non moves possessione? Si possessor non esset, non dares. Nusquam enim scribis, neque aliud quidquam edicto complecteris, nisi eam causam, pro qua pecuniam acceperas. (§. 117.) Iam hoc ridiculum est. —

Si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti non minus multis signis quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem dabo. Hoc translatitium est, sequi illud oportet: *si tabulae testamenti non proferentur.* — Quid ait? se ei daturum, qui se dicat heredem esse. — Quid ergo interest, proferantur, necne? si protulerit: uno signo ut sit minus, quam ex lege oportet, non des possessionem, si omnino tabulas non proferet, dabis. Quid nunc dicam? Neminem unquam postea alium edixisse? Valde sit mirum, neminem fuisse, qui istius se similem dici vellet? Ipse in Siciliensi edicto hoc non habet; exegerat enim jam mercedem: item ut illo edicto, de quo ante dixi, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis, edixit idem, quod omnes Romae praeter istum. (Ex edicto Siciliensi) *Si de hereditate ambigitur.* (§. 118.) At per deos immortales, quid est, quod de hoc dici possit? Iterum enim jam quaero abs te, sicut modo in illo capite Anniano de mulierum hereditatibus, nunc in hoc de hereditatum possessionibus, cur ea capita in edictum provinciale transferre nolueris? Utrum digniores homines existimasti eos, qui habitant in provincia, quam nos, qui aequo jure uteremur? an aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia? Non enim hoc potest hoc loco dici, multa esse in provinciis aliter edicenda:

Digitized by Google

non de hereditatum possessionibus, non de mulierum hereditatibus. Nam utroque genere video non modo ceteros, sed te ipsum totidem verbis edixisse, quod verbis edici Romae solet. Quae Romae magna cum infamia, pretio accepto edixeras, ea sola te, ne gratis in provincia male audires, ex edicto Siciliensi sustulisse video.

Aus dieſer Stelle laſſen ſich die factiſchen Vorausſetzungen des ganzen Falles leicht conſtruiren. Es war ein gewiſſer **Minucius**, noch ehe Verres ſeine Prätur antrat, ohne Hinterlaſſung eines Teſtamentes geſtorben. Ein Anderer, der ein Inteſtaterbrecht nicht weiter geltend machen konnte, ſetzte ſich ſogleich in den Beſitz des Vermögens [1]), beſtach, wie nun Cicero behauptet, den Verres, daß er ihm als Prätor, mittelſt Ertheilung der **bonorum possessio** [2]), Schutz darin gewähren möge. Ein Teſtament konnte dieſer Erbprätendent ebenfalls nicht für ſich anführen, deßhalb, ſagt Cicero, war nach dem bisherigen Edicte für ihn gar kein Weg möglich, zur **bon. possessio** zu gelangen. Dieſelbe kam vielmehr, da kein Teſtament vorhanden war, den von den 12 Tafeln gerufenen Inteſtaterben, nämlich der **gens Minucia** zu; und angenommen, jener **pro herede** Uſucapient ſei in Wahrheit der teſtamentariſche Erbe geweſen, ſo wäre doch ganz mit Recht der **gens Minucia** die **b. p.** ertheilt worden, weil er wenigſtens in der für die **b. p.** anberaumten Friſt das Teſtament nicht hatte vorbringen können („**quod tum non exstaret**“). Jeder alſo, der **scriptus heres** zu ſein behauptete, hätte nach dem **translatitium edictum** gegen die rechtmäßig zu **bonorum possessores** conſtituirten Gentilen die **hereditatis petitio** (in Form der **legis actio** oder **per sponsionem** [3]) anſtellen müſſen. Da aber hiebei der Beweis eines Teſtamentes wiederum nöthig geweſen wäre, ein ſolches aber vom **Minucius** gar nicht hin-

---

1) Er war alſo pro herede Uſucapient der res hereditariae.

2) Oder vielmehr hereditatis possessio, wie Cicero ſie hier ganz conſtant nennt. Ebenſo ad Attic. VI. 1. §. 12.

3) Gai. IV. 31. u. 92—95.

Digitized by Google

terlaſſen war, ſo konnte (das iſt die ſtillſchweigende Schlußfolgerung Cicero's im §. 115.) auch in dieſer Weiſe jener Erbprätendent unmöglich ein Recht auf die Erbſchaft erlangen [4]).

Derſelbe vermogte alſo ſeine gewinnſüchtigen Plane nur zu erreichen, wenn Verres um ſeinetwillen das Edict änderte. Das geſchah wirklich, und es muß folgendermaßen gelautet haben:

Ueberſchrift: **Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet.**

„Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, ei dabo possessionem, qui se dicat heredem esse".

Dagegen war die Conception des translatitium edictum dieſe:

Ueberſchrift: **Si de hereditate ambigitur.**

„Si de hereditate ambigitur, et tabulae testamenti non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti hereditatem dabo; si tabulae testamenti non proferentur, tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, si is intestato mortuus esset, ita secundum eum possessionem dabo."

---

4) Es iſt unverkennbar, wie Cicero hier die pro herede usucapio bereits als etwas Unrechtmäßiges, improbum, auffaßt, welches die bon. poss. in aller Weiſe unmöglich mache. Sollte darin nicht eine Beſtätigung des im §. 21 Geſagten liegen, daß die b. p. mittelſt des Int. quor. bon. eine Reſciſſion der pro herede usucapio gewähre?

Digitized by Google

Daß in der That auf diese Weise die Edicte sowohl des Verres, als der früheren Prätoren abgefaßt gewesen seien, ist jetzt mit Berücksichtigung anderer abweichender Absichten nachzuweisen.

Fabricius [5]) hat bekanntlich den Ursprung der b. p. aus der Prätorischen Regulirung des Erbschaftsstreites abgeleitet. Sie sei ursprünglich nichts gewesen als eine Zuweisung des Besitzes, während der **controversia de hereditate** (die Ertheilung der Vindicien), und wenn hierin die **hereditatis petitio** mit der **rei vindicatio** auf gleicher Stufe gestanden hätte, so finde sich doch der Unterschied, daß bei einer Singularvindication der Prätor Jedem die Vindicien ertheilt habe, der sich gerade gegenwärtig im Besitze der Sache befand, während bei der **hereditas petitio** bestimmte Klassen aufgestellt seien, welchen der Besitz während des Erbschaftsprocesses im Vorzuge gegen beliebige dritte Besitzer zugesprochen werden solle. In diesen privilegirten Klassen sei vor Allem der ein äußerlich fehlerfreies Testament Vorweisende gerufen worden, sobald aber kein solches Testament vorgelegen habe, der, welcher nach Intestaterbrecht zur Successsion gerufen sei. Daraus habe sich dann erst später eine Zuweisung des Besitzes entwickelt, auch ohne daß bereits ein bestimmter Kläger aufgetreten sei, welcher die **hereditatis petitio** anzustellen beabsichtigte. —

Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Ansicht wegen der wenigen bei ihr erforderlichen Anknüpfungspunkte etwas sehr Bestechendes hat; indem man sie sehr leicht versteht, wird man unvermerkt dazu geführt, sie auch für richtig zu halten [6]).

---

5) Ursprung und Entwicklung der b. p. bis zum Aufhören des ordo judiciorum privatorum. Berlin 1837. bes. S 23—26. — Gegen die Fabricius'sche Ansicht, die auch ich eine Zeitlang für die richtige hielt, ist neuerdings noch wieder aufgetreten v. Löhr, in seinem Magazin IV. S. 408. — Neben den von ihm gegebenen lesenswerthen Bemerkungen, ist, wie ich glaube, die hier im Texte gegebene Entwicklung nicht unnütz geworden, welche ich früher geschrieben hatte, als mir von Löhr's Abhandlung zu Gesicht kam.

6) So kommt es, daß schon Dernburg (Beitr. zur Gesch. der Röm. Test.) und Franke (im Notherbenrechte) sie mehr oder minder ausführlich ausgesprochen haben.

Digitized by Google

Indeſſen kann ſie gegen eine ſchärfere Prüfung nicht beſtehen, und ſo hat namentlich Huſchke in einer muſterhaften Recenſion [7]) ſich gegen dieſelbe erklärt.

Zu der Huſchkeſchen Widerlegung der inneren Gründe, aus welchen Fabricius es ableitet, daß die Vindicien bei der **hereditatis petitio** nicht jedem Beſitzer, ſondern gewiſſen bevorzugten Perſonen hätten gegeben werden müſſen, — braucht hier nichts hinzugefügt zu werden. Dagegen muß ich noch weiter eingehen auf die Interpretationsart unſerer Ciceronianiſchen Stelle, welche Fabricius ſelbſt als den eigentlichen und alleinigen Stützpunkt anſieht, wodurch ſeine Anſicht aus dem Gebiete der Speculationen und Hypotheſen herausgehoben werde. Fabricius will nämlich aus Cicero beweiſen, daß zu deſſen Zeit die **h. p.** nur noch die proceſſualiſche Ertheilung der Vindicien geweſen ſei. Dagegen bemerkt ſchon Huſchke, und das ſcheint mir völlig unwiderleglich, daß zu Cicero's Zeit die **h. p.** bereits das war, was Fabricius erſt als ſpätere Entwicklung darſtellt. — Im §. 115. führt Cicero weitläuftig aus, wie der Minuciſche Erbfall nach dem **translatitium edictum** behandelt worden wäre. Er ſagt, die **possessio** würde der **gens Minucia** gegeben worden ſein, und fügt ausdrücklich hinzu, erſt ſpäter hätte dann ein jeder Erbprätendent gegen ſie auftreten können. Alſo die **h. p.** wird vor dem Proceſſe über die Erbſchaft, und unabhängig von dem Auftreten eines **hereditatis petitor** gegeben. Sie kann mithin nicht ein Inſtitut zur Regulirung der Proceßparteien geweſen ſein. Ja noch mehr, Cicero ſagt ganz ausdrücklich, es ſei gar kein Teſtament vorhanden geweſen (**ejus testamentum erat nullum** [7a]),

---

7) Richterſche Jahrbücher 1839. 1 Heft. beſ. S. 6—11. Auch Mühlenbruch iſt wieder davon abgewichen, Pand. III. §. 620. Note 1., — während v. Wangerow ſich derſelben von Neuem angeſchloſſen hat: Pandekten II. S. 7. — ſo auch Danz Lehrb. der Geſch. des R. R. II. S. 47.

7a) Wenn v. Löhr a. a. O. vorausſetzt, es ſei hier ein Teſtament gemacht geweſen, das aber im Augenblick des Todes nicht mehr vorhanden war, ſo widerſpricht das doch den angegebenen Worten, und wird auch nicht durch die anderen: quod tunc (oder cum) non

und die Gentilen seien auch nach Civilrecht die nächsten Intestaterben gewesen, also es wäre gar keine Möglichkeit vorhanden, daß der Erbprätendent als **hereditatis petitor** auftreten könne. Es sind dies aber Cicero's Stützpunkte, damit gleich Jeder einsähe, jenem Erbprätendenten sei nach dem **translatitium edictum** jeder Weg zur Erbschaft versperrt, weßhalb denn Verres nothwendig um seinetwillen das Edict selbst habe verändern müssen. Wenn aber Cicero sagt, die **b. p.** sei mit Recht ertheilt worden, wo die Unmöglichkeit einer **hereditatis petitio** vorliegt, und so sei es gehalten worden, so lange überhaupt eine **b. p.** bestehe, so ist doch damit die Ansicht des processualischen Ursprunges unmittelbar vernichtet [8]).

Aber auch das, was in unserer Stelle Fabricius Hypothese direct bestätigen soll, muß entschieden anders verstanden werden. Zuerst soll schon in den Anfangsworten des Edictes die Proceßregulirung angedeutet sein, indem: **si de hereditate**

---

exstaret unterstützt. — Indeß kommt hierauf nicht Viel an. — Auf eine andere Zweideutigkeit dieser Worte macht Fabricius a. a. O. Note 28. aufmerksam.

8) Man kann noch aus einer anderen Stelle eine Widerlegung der Fabricius'schen Ansicht ableiten. Nämlich aus **Gai. IV. §. 16 u. 17.** Dieser spricht hier von der Ertheilung der Vindicien bei den Vindicationen, und faßt dabei offenbar die hereditas unter ganz gleichem Gesichtspunkte mit der Singularvindication auf (similiter si de fundo, vel de aedibus sive de hereditate controversia erat — fiebat vindicatio), von diesem Allen gilt gleichmäßig: **Praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes — dare.** — Diese Constituirung des possessor kann doch aber nur zwischen den beiden Personen geschwankt haben, die bei der Vindication allein vorkommen (**secundum alterum eorum**). Wäre aber Fabricius Ansicht richtig, so hätte bei der her. pet. oft ein Dritter vorkommen müssen. Z. B. Irgend ein Fremder setzt sich in den Besitz der Erbschaft, und jetzt treten die Intestaterben gegen ihn mit der her. pet. auf. Zu gleicher Zeit erscheint aber auch Jemand, der ein Testament für sich vorweist. Hier hätte dieser Letzte die Vindicien erhalten müssen, gegen den die Intestaterben gar nicht aufgetreten waren, und damit ist doch die Stelle des Gaius gar nicht vereinbar.

Digitized by Google

ambigitur so viel heiße als: „wenn ein Proceß über die Erbschaft ist.“ **Ambigere** heißt allerdings zweifelhaft sein, streiten, und umfaßt damit auch das wirkliche Processiren, aber dennoch ist es nie ein technischer Ausdruck für dieses [9]), und wenn des Prätors Edict sich bloß auf den formellen Erbschaftsproceß bezogen hätte, so konnte unmöglich ein Wort gebraucht werden, das alles Andere Zweifelhaftsein über die Erbschaft mit umfaßte. Dagegen leuchtet es ein, wie sehr dieser allgemeine Ausdruck: **ambigitur** unsere obige Ansicht bestätigt. Der Prätor kündigt sein Institut gleich für den Fall an, wenn Zweifel über die Erbschaft bestehen, also wenn man nicht weiß, wer der **heres** sei.

Das Weitere, was Fabricius für seine Ansicht anführt, hängt mit der Auffassung der einzelnen Vorwürfe zusammen, welche Cicero dem Verres wegen der unrechtmäßigen Edictsveränderung macht. Wer die Stelle vom §. 116. an unbefangen durchliest, wird, glaube ich, mit Nothwendigkeit darauf geführt, daß dem Verres zweierlei Veränderungen vorgeworfen werden; daß aber der zweite Tadel, welcher *hinter* den Worten: **jam hoc ridiculum est** beginnt [10]), der eigentlich bedeutende ist. Hier in den §. 117. und 118. wendet Cicero den ganzen Sturm der Rede an, während der im §. 116. enthaltene Tadel mehr der Ueberwältigung eines Vorpostens zu vergleichen ist.

Aber Fabricius, der diese beiden Theile der Anklage sehr wohl unterscheidet, dreht das Verhältniß derselben um. Er meint im §. 116. sei von der Edictsveränderung die Rede,

---

Mögte es daher nicht richtiger sein, die Worte Mühlenbruch's a. a. O. umzukehren? Jeder b. possessor, gegen den geklagt wurde, erhielt auch die Vindicien, aber nicht Jeder, der die Vindicien erhielt, war bonorum possessor. —

9) Huschke S. 9. unten. — Man wird also nicht Stellen wie Cic. Caecin. 8. Invent. II. 42. u. lex Rubr. II. 18. auch das in Dirksens Manuale noch citirte Fragment der lex Thoria gegen das im Text Gesagte anführen können.

10) Deßhalb ist dort in dem obigen Abdruck ein Absatz gemacht worden, und es ist unpassend, daß die Worte jam hoc ridiculum est, die so offenbar zum Vorhergehenden gehören, mit zu dem neuen §. 117. geschlagen sind.

Digitized by Google

wodurch Verres jenem Erbprätendenten, von dem er bestochen war, die Erbschaft habe zuweisen wollen, wogegen in den §. 117. und 118. nur noch von einem anderen Schleichwege die Rede sei, den sich Verres für seine Willkührlichkeiten offen gelassen habe, der aber mit jener Bestechung nicht im Zusammenhang stehe. Wie sehr dies mit der ganzen Stelle in schneidendem Widerspruch steht, leuchtet ein, auch wenn man sich noch gar nicht auf den Inhalt der beiden Vorwürfe einläßt. Cicero will ja eben darthun, daß Verres nichts ohne Bestechung gethan habe; deßhalb sagt er, sei das Sicilianische Edict wieder mit dem **translatitium** gleichlautend gewesen, weil er von jenem Erbprätendenten bereits Bezahlung erlangt hatte (**exegerat enim jam pecuniam**). Die weitläuftige Erörterung des §. 118. zeigt, daß die im §. 117., nicht die im §. 116., angegebene Edictsveränderung der eigentliche Kern der Anklage ist, daß sie hauptsächlich durch die Bestechung hervorgerufen ist.

Gehen wir indeß jetzt genauer auf den Inhalt der beiden Vorwürfe ein.

1) Fabricius [11]) leitet aus dem §. 116. folgenden Anfang des Verrinischen Edictes ab:

> **Si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet, tum, si tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis etc.**

Damit habe nun Verres, abweichend vom bisherigen Edicte, welche nur eine Ertheilung der Vindicien **secundum tabulas** und **ab intestato** gekannt habe, — bestimmt:

> „Nur in dem Falle, wenn der gegenwärtige wirkliche Besitzer die **hereditatis petitio** als Beklagter aufzunehmen, und dem Gegner Sicherheit zu bestellen nicht Willens oder nicht im Stande ist, will ich die **bon. poss. sec. tab.** ertheilen; im entgegengesetzten Falle aber soll der jetzige Besitzer die Vindicien erhalten."

Nach dem Verrinischen Edict wären also jetzt 3 Hauptklassen gewesen, statt der bisherigen zwei:

a) Jeder der sich factisch in den Besitz der Erbschaft gesetzt habe;

---

11) A. a. O. S. 30.

Digitized by Google

b) der, welcher ein fehlerfreies Teſtament vorweiſt,

c) wer ſich auf Inteſtaterbrecht beruft, oder nach des Verres Veränderung: **qui se dicet heredem esse.**

So ſei es zu erklären, daß Verres dem angeblichen Teſtamentserben, der in Beſitzergreifung der **gens Minucia** zuvorgekommen, und kein Teſtament vorweiſen konnte, doch in Folge der neu aufgeſtellten erſten Klaſſe den Beſitz gelaſſen habe. — Mithin ſei die ganze Veränderung des Verres nichts als die Gleichſtellung der **hereditatis petitio** mit der Singularvindication, bei welcher ſchon von jeher die Vindicien dem jeweiligen Beſitzer ertheilt waren. —

Daß nun der §. 116. ganz anders zu verſtehen ſei, hat ſchon Huſchke gezeigt. Die Worte: **si de hereditate ambigitur, si possessor sponsionem non faciet** ſind die Ueberſchrift, welche Verres über das ganze Kapitel von der **b. p.** ſetzte. Dies erhellt daraus, daß ſpäter Cicero den eigentlichen Contert des Edictes angiebt, wie es Verres aufgeſtellt hat, und worin ſich die Worte: **si possessor sponsionem non faciet** nicht finden. Cicero ſagt im §. 117. ausdrücklich, die Worte: „**si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti etc. bis hereditatem dabo**“ [11a]) ſeien von Verres ganz unverändert dem **translatitium edictum** entnommen (**hoc translatitium est**), er tadelt ihn nur, daß er nicht auch mit den Worten des bisherigen Edictes fortgefahren habe. (**Sequi illud oportet: si tabulae testamenti non proferentur**). Danach kann alſo kein Zweifel mehr bleiben, daß Verres nicht durch Aufſtellung einer neuen, noch vor die **sec. tab.** geſetzten, Klaſſe dem Erbprätendenten geholfen hat.

Wenn nun aber die fraglichen Worte nicht im Contert geſtanden haben, ſo bleibt nichts übrig, als ſie für die Ueberſchrift des Verriniſchen Edictes zu halten, und es iſt ja doch

---

11a) v. Löhr meint a. a. O. wir könnten nicht wiſſen, was vor den Worten: **et tabulae testamenti** geſtanden habe. Aber mir ſcheint nicht zweifelhaft, daß ſich dies unmittelbar an das: **si de hereditate ambigetur** anſchloß. Weßhalb ſtände ſonſt nicht wieder **ambigitur** ſtatt **ambigetur**? — Es war ja überhaupt die Eigenheit der Römer, daß ſie die Anfangsworte eines Abſchnitts zur Ueberſchrift machten.

Digitized by Google

auch das Natürlichste von der Welt, daß Cicero, wenn er das Edict des Verres tadeln wollte, mit dem Titel, sobald sich schon in diesem Schwächen fanden, den Anfang machte. Endlich aber beweist auch das Präsens **ambigitur**, daß hier nur an eine Ueberschrift zu denken ist. Im Contert heißt es **ambigetur.** —

Daß nun diese Ueberschrift, abgesehen von der Flexion, ebenso lautete wie die Edictsworte selbst, wird Niemand auffallend finden, der an die Titel: **quorum bonorum**, **quod legatorum**, **uti possidetis**, **utrubi etc.** denkt, welche im Edicte gewiß ebenso über dem Contexte standen, wie wir es in unseren Digesten finden [12]).

Aber, das ist nun die wichtigste Frage, was hatte denn Cicero gleich von vorn herein an diesem Titel zu tadeln? Die Art wie Huschke dies erklärt, kann ich nicht für richtig halten. Er meint, wahrscheinlich hätten die beiden Sätze **si de hereditate ambigitur**, und **si possessor sponsionem non faciet** im Sinne des Verres gar nicht zusammengehört. Er habe in der Ueberschrift nur die beiden Punkte angegeben, welche im Folgenden enthalten wären, und das sei: 1) von der Ertheilung der b. p. und 2) von dem Falle, wo der possessor keine Sponsion machen wollte, so daß also dies zweite, mag es verstanden werden wie es will [13]), mit der Ertheilung der b. p. gar nichts zu thun habe. Cicero aber stellte sich so, als verstände er den Verres nicht, um den Sinn hereinzubringen, als wenn ein jeder Besitzer zur Ertheilung der b. p. qualificirt sei. Dies ersehe man daraus, daß Cicero mit den Worten **jam hoc ridiculum est** („jedenfalls ist dies lächerlich") wiedereinlenke. Daß Verres in Folge der Bestechung die Ueberschrift gemacht habe, könne Cicero nicht meinen, denn

---

12) Huschke a. a. O. S. 10. — „Daß das prätorische Edict solche meistens von den Anfangsworten entlehnte Ueberschriften hatte, ist „ebenso bekannt, wie daß man danach zu citiren pflegte (Cic. Verr. II. 2, 13. 3, 13.), auch folgt hier gleich nachher wieder ein solches Citat. Ex edicto Siciliensi: si de hereditate ambigitur." —

13) Es wird davon unten noch weiter die Rede sein.

Digitized by Google

eine solche Bestechung sei nichts Lächerliches, sondern etwas Empörendes. —

Ob Verres wirklich hierbei in böser Absicht gehandelt habe oder nicht, wird sich wohl nie beweisen lassen, und es kommt darauf am Wenigsten an; wohl aber ist es wichtig zu untersuchen, ob Cicero selbst sich bei diesem Anklagepunkt verstelle, oder mit voller Ueberzeugung rede. Ich möchte das Letztere glauben. Im **translatitium edictum** hatte das Kapitel von der Ertheilung der **b. p.** nur die Ueberschrift: **si de hereditate ambigitur**, wie dies ja im §. 117. Cicero aus dem Sicilischen Edicte anführt, welches mit den **translatitium** wieder gleichlautend gewesen war. Indeß ist auch nicht der geringste Grund, anzunehmen, daß Verres als **praetor urbanus**, was er mit dem zweiten Theile der Ueberschrift: **si poss. spons. non fac.** bezeichnete, erst ganz neu erfunden habe. Wenn das der Fall wäre, so würden wir gewiß Cicero noch sehr vielmehr darüber sagen hören. Wir dürfen also wohl annehmen, daß der Titel **si possessor sp. n. fac.** auch schon im **translatitium edictum** enthalten war, und da sein Inhalt jedenfalls genau mit der **b. p.** zusammenhing, so ist es das Natürlichste, daß er gleich hinter dem Kapitel: **si de her. ambigitur** stand. Verres warf nun beide Kapitel in Eins zusammen, und verband denn auch die beiden bisher getrennten Ueberschriften. Ob er damit eine Zweideutigkeit erreichen **wollte**, kann man unbeantwortet lassen. Aber jedenfalls war sie doch darin zu finden, und Cicero monirt sie im vollkommenen Ernst. — So lange nämlich das Kapitel **si possessor** hinter dem **si de hered.** stand, war es klar, daß das Wort **possessor** nur den bedeuten könne, dem im vorhergehenden Kapitel das **Recht** der **bon. possessio** zugesprochen war. Im Edicte des Verres dagegen konnte es scheinen, als sei damit jeder factische **possessor hereditatis** gemeint, weil nun erst im Folgenden die einzelnen Klassen genannt wurden; und dies ergreift nun Cicero um so mehr, da er gleich nachher zeigen will, daß durch die von Verres aufgestellten Prätorischen Klassen jeder beliebige Prätendent die Erbschaft bekommen könne. Ob Jemand ein **Recht** auf die Erbschaft habe (**oporteat possessorem esse**), darauf komme es dem Verres nicht an, sondern darauf, ob Jemand die

Digitized by Google

Erbschaft bereits besitze, damit dieser ihn gleich aus der Erbschaft bezahlen könne (**Si possessor non esset, non dares**). Es liegt darin eine höhnische Hinweisung auf den Erbprätendenten, der in so schlechten Umständen wäre, daß er den Verres für den Schutz der Beute nur aus der Beute selbst bezahlen könne.

Es ist sehr möglich daß Cicero hier den Verres ganz mit Unrecht tadelt, aber dabei ist Cicero doch nicht weniger ernsthaft. Der Sinn seines Tadels ist: man sehe gleich aus der Ueberschrift, worauf Verres hinaus wolle, und könne also auch gleich vermuthen, Verres müsse bestochen worden sein. „Schon das sei lächerlich." — Wenn Huschke die Worte **jam hoc ridiculum est** in dem Sinne nimmt: „doch das sind Späße", also wie wenn Cicero einen eben erhobenen Tadel damit zurücknähme, so scheint mir das mit der Ernsthaftigkeit des Handels nicht zusammenzupassen. Und wenn er meint, Cicero würde dies nicht etwas Lächerliches, sondern vielmehr Empörendes genannt haben, so läßt sich dagegen einwenden, daß eine empörende oder verächtliche Handlung, die so vorgenommen wird, daß ein Jeder gleich die unlautere Triebfeder erkennt, — stets wegen dieser Dummheit des Handelnden auch lächerlich ist. So kommt es, daß das Wort **ridiculum** leicht die Nebenbedeutung des Verächtlichen hat [14]).

2) Während Cicero im §. 116. mehr eine Einleitung zu dem eigentlichen Anklagepunkte giebt, aus der man indessen bereits die Absicht des Verres ersehen könne, — so folgt nun im §. 117 u. 118. der Tadel der Edictsveränderung, wodurch gerade jener Erbschaftsprätendent autorisirt werden sollte, den

---

14) Scheller citirt eine Stelle aus Hieronymus: non ridiculosa, i. e. risu digna, ut scribis, sed ridicula, i. e. contemtu digna mihi forte res accidit." —

Huschke giebt noch eine andere Erklärung der Worte jam hoc ridiculum est, wonach sie nicht zum Vorhergehenden, sondern zum Folgenden gehören sollten Aber er legt selbst kein großes Gewicht darauf, und mir scheint sie deßhalb unmöglich, weil Cicero vom Folgenden sagt, es sei translatitium edictum, und dem keinen völligen Glauben beizumessen, ist kein Grund vorhanden.

Digitized by Google

Gentilen gegenüber die Erbschaft zu behalten. Es wird zuerst der Satz angegeben, den das Verrinische und **translatitium edictum** mit einander gemein hatten. Dann aber folgte die Bestimmung: **si tabulae testamenti non proferentur, ei possessionem dabo, qui se dicet heredem esse.** — Schon aus dem emphatischen **quid ait?** sehen wir, daß in dieser Conception des Edicts der Vorwurf Cicero's liegt, und es wird dies, wie ich glaube, dadurch unzweifelhaft gemacht, daß Cicero den ganzen Minucianischen Fall mit Anführung der Worte beginnt, welche statt jenes Passus im **translatitium edictum** standen; nach deren Anwendung auf die Erbschaft des Minucius dann die Frage aufgeworfen wird: **Videte ut hoc iste correxerit** [15])?

In den Worten **ei, qui se dicet heredem esse** liegt eine Zwei- oder vielmehr Dreideutigkeit. Wenn man nämlich den Ton auf **heredem** legt, und bedenkt, daß darunter meist, im Gegensatz des **scriptus heres**, der Intestaterbe verstanden wurde, so kann man ganz dasselbe darin finden, als was bisher im **translatitium edictum** stand. „Wenn kein Testament vorgewiesen wird, so soll der auf Intestaterbrecht sich Berufende die b. p. haben." Man nähme damit stillschweigend an, daß der Bewerber sich auch mit Grund darauf beriefe; und man konnte dies sehr füglich bei einem Institute supponiren, wo die wirkliche Ertheilung der b. p. noch immer von der Entscheidung des Prätors abhing, von dem sich vermuthen ließ, daß er auf ganz grundlose Behauptungen nicht eingehen werde.

Zweitens ließen sich die Worte so verstehen, als wollte Verres nur das successive Verhältniß der drei Intestaterbklassen aufheben, um die Erbschaftsangelegenheiten durch einmaliges Herbeirufen sämmtlicher Intestaterben noch weit schneller als bisher zu erledigen.

---

15) Huschke a. a. O. „Auch sieht man aus dem Folgenden in Verbindung mit der Einleitung des ganzen Falles am Ende v. c. 44. „daß das, was Cicero als wirklich schlecht, und von Verres gegen „die gens Minucia benutzt darstellt, die Worte ei qui se dicet „heredem esse, waren."

Digitized by Google

Drittens aber war auch die Auslegung möglich, als wolle Verres Jedem, der bloß dicat (und zwar ohne alle weitere Rechtfertigung) se heredem esse, die b. p. zu ertheilen befugt sein. —

Mag nun, wer dem Verres geneigt ist, diese Undeutlichkeit seiner bloßen Rechtsunkenntniß zuschreiben, oder mag man sie als vom Verres beabsichtigt annehmen, jedenfalls behauptet Cicero, daß die dritte Interpretation die gewesen sei, auf die Verres ausging, und um ihrentwillen hat er den ganzen Fall den Richtern vorgetragen. Und das ist der Hauptpunkt, der zu beweisen war, um die Art zu rechtfertigen, wie ich oben das Verrinische und das **translatitium edictum** reconstruirt habe.

§. 25. Es bleibt uns jetzt noch übrig, die eigentliche Anwendung von dem zu machen, was wir im vorigen § gewonnen haben; nämlich die Interpretation der aus der Ciceronianischen Stelle geschöpften Edictsworte.

Es scheint mir unverkennbar daraus hervorzugehen, daß das eigentliche Wesen der b. p. genau mit den civilrechtlichen **ordines** zusammenhängt, und Cicero sagt es ja außerdem noch ausdrücklich, daß aus dem Civilrecht der **gens Minucia** auch ihr Anspruch auf die **bon. poss.** folge. So sagt er, sei es von Anfang an, so lange eine b. p. bestanden habe, gewesen. Und darin liegt denn auch der Beweis, daß neue Prätorische Erbklassen erst späteren Ursprungs sein können. Denn für sie bestand doch immer noch ein anderer Veranlassungsgrund, als der welcher die **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** hervorrief. Eine gleichzeitige Einführung dieser letzteren und jener neuen **ordines** zu vermuthen, dazu bietet uns die langsame und allmählige Römische Rechtsentwicklung nicht die geringsten Anhaltspunkte, und so bleibt nichts Anderes übrig, als das Eine, was nach Cicero's Zeugniß von Anfang an bestanden hat, als das ursprünglich Einzige anzunehmen, zu dem dann das Andere erst nach und nach hinzukam [1]).

1) Die positiven Beweise für den späteren Ursprung der neuen Erbklassen, werden im zweiten Buch geliefert werden.

Digitized by Google

Damit soll nicht gesagt sein, daß nicht zu Cicero's Zeit schon neue Prätorische ordines bestanden hätten. Es wird sich vielmehr rücksichtlich der **supplendi juris civilis causa** aufgestellten weiter unten das Gegentheil finden, dagegen, daß es bereits eine **contra tab. b. p.** und die damit genau zusammenhängende **b. p. unde liberi** gegeben habe, scheint mir mit unseren Edictsworten unvereinbar. Betrachten wir dieselben im Einzelnen.

1) Vor allen Anderen (**potissimum**), sagt der Prätor, werde ich dem Testamentserben die **hereditas** geben

Huschke (S. 4.) meint hier, man müsse statt **hereditatem: possessionem** (oder **possessionem hereditatis**) lesen, da sich in den Handschriften theils dieses, theils jenes Wort finde. Indessen wie die Abschreiber statt **hereditatem: possessionem** setzen konnten, ist sehr leicht zu erklären, nicht wohl aber umgekehrt. Und ebensogut wie es hieß, der Prätor gebe dem **bonorum possessor** das **dominium**, (s. oben §. 14.) so konnte man auch sagen, er ertheile die **hereditas**, und vor Allem ließ sich dies von dem Testamentserben sagen, der ja, vorausgesetzt daß das Testament ein völlig gültiges war, durch das Civilrecht Allen vorangestellt wurde. Die b. p. war für ihn nichts Anderes, als eine Berufung um vor dem Prätor die **hereditatis aditio** vorzunehmen, wofür ihm dieser wieder die Besitzergreifung erleichterte (§. 19—21.), und wie konnte dies besser ausgedrückt werden als durch **hereditatem dabo**, indem damit zugleich angedeutet ist, daß in der Ertheilung der **b. p.** die **hereditatis aditio** liegen solle?

Der Einwurf, der mir hier nach den jetzt herrschenden Ansichten gemacht, und bald näher beleuchtet werden wird, ist, daß ja der Prätor sich nicht nach allen Richtungen hin beweisen ließ, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei. Indem man bloß die 7 Siegel nachzuweisen brauchte, konnte es aus vielen anderen Gründen nichtig sein, und doch wurde eine **b. p.** gegeben, die also unmöglich eine **hereditatis aditio** war.

Vorerst nur folgende Antwort: Wenn der Prätor sich das Nichtvorhandensein aller Infirmationsgründe des Testamentes hätte beweisen lassen wollen, so würde wohl Nie-

Digitized by Google

mand wegen dieses diabolischen Beweises von ihm die b. p. sec. tab. verlangt haben. Vielmehr präsumirte er auf gewisse Data hin die Gültigkeit des Testamentes, fingirte den Vorweisenden als **scriptus heres**, und überwies ihm die **hereditas**. Stimmte nun die Präsumtion mit der Wirklichkeit überein, d. h. war (was doch immer das häufigste ist) das Testament ein den Regeln des Civilrechts durchaus entsprechendes, also vollkommen gültig, so hatte ja dann in der Agnition der b. p. die wirkliche **hereditatis aditio** gelegen; es war also das vom Prätor beabsichtigte Resultat erlangt, während freilich jeder wußte, daß anfangs bei der Ertheilung der b. p. in Folge der Testamentsvorzeigung nur die fingirte **hereditas**, (das fingirte **dominium etc.**) zugesichert werden konnte. Was aber der Erfolg gewesen sei, wenn nach Ertheilung der b. p. die Präsumtion sich als unrichtig auswies, d. h. irgend ein Vernichtungsgrund des Testamentes offenbar wurde, werden wir alsbald sehen.

2) Wurde nun kein Testament in der festgesetzten Frist vorgebracht (**si tabulae testamenti non proferentur**), so präsumirte der Prätor, es sei gar kein Testament vorhanden, es sei also der Erblasser **intestatus** gestorben (**si is intestato mortuus esset**), und ließ danach von der testamentarischen zur Intestaterbfolge eine Successio in der Delation eintreten [2]). Dieselbe Successio mußte nun aber wieder bei den einzelnen Intestatklassen statt finden; und wie drückte dies der Prätor aus?

> **tum uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, ita secundum eum possessionem dabo.**

Wir können dies so übersetzen: „denn wie ein Jeder zunächst „folgende, **proximus**, der den Uebrigen vorgehende (**potissimus**) „Civilerbe sein müßte, werde ich ihm zu Gunsten die **posses-** „**sio** ertheilen."

Es ist dies ein eigenthümlich kurzgefaßter Satz, aus dem sich aber doch, wie ich glaube, mit völliger Bestimmtheit der

---

2) S. §. 23. Note 2. und §. 21. Note 5. —

Digitized by Google

beabsichtigte Sinn entwickeln läßt. Er läßt sich noch deutlicher so paraphasiren:

„Ich werde die b. p. Jedem ertheilen, der nach dem „Civilrechte gerufen ist, und der wahre allen Uebrigen „vorgehende [3]) **heres** sein müßte, wenn er nach Civil„recht eben so der Nächste wäre, wie er der Nächste ist, „der bei mir die b. p. agnoscirt hat [4])."

Es liegt darin dasselbe, was schon überhaupt von dem Uebergang der testamentarischen auf die Intestatsuccession gilt. Ebenso wie aus dem Nichtvorbringen eines Testamentes dessen Nichtvorhandensein präsumirt wird, so soll auch jeder, der **ab intestato** sich zuerst meldet, als der **potissimus heres** fingirt werden, indem man das Nichtvorhandensein früherer Intestaterben präsumirt. Natürlich kann hier nicht jeder beliebige Dritte sich melden, sondern der, welcher aus seiner eigenen Person zu dem Civilrecht vollkommen qualificirt ist, der nur durch das Dasein Anderer davon ausgeschlossen sein kann. Denn wer schon aus eigener Person absolut unfähig ist, (also nicht in die drei civilrechtlichen Klassen gehört) der kann auch nie als der **potissimus heres** angenommen werden.

Mithin ist in diesen Worten eine Beziehung auf neue Prätorische **ordines** gänzlich ausgeschlossen, dagegen sind die civilrechtlichen Klassen alle darin enthalten, wie ja auch Cicero gerade das Recht der letzten Klasse der Gentilen, daraus ableitet; und so scheint es mir denn so bündig wie möglich durch die Edictsworte selbst bewiesen, daß der Kern der ganzen b. p. nichts als das **successorium edictum** für die civilrechtlichen Erbklassen sei. —

Schließlich muß hier noch Huschke's Ansicht erwähnt werden, der freilich etwas ganz Anderes aus unserer Stelle ab-

---

3) Uebrigens läßt sich das potissimum auch als Adverbium auffassen, ohne daß der Sinn dadurch verändert wird.

4) Oder auch folgende Paraphrase:

„Ich werde jeder nächstfolgenden Intestatklasse (die sich meldet), „als wenn sie die vom Civilrecht Berufene wäre, die possessio „geben."

Digitized by Google

leitet. Er verſteht [5]) das potissimum ſo, als ſage der Prätor, er werde hauptſächlich bei Ertheilung der b. p. darauf ſehen, wen das Civilrecht zur Erbſchaft berufe, was ihn aber nicht hindere, auch aus anderen Gründen nach dem allgemeinen Princip der Würdigkeit ſein beneficium zu vergeben. Dieſe Interpretation ſcheint mir deßhalb unmöglich, weil man doch wird zugeben müſſen, daß beidemal, wo das Wort potissimum in der Edictsſtelle vorkommt, es denſelben Sinn haben müſſe. Bei der b. p. ex testamento ließe ſich nun allenfalls das Wort in jener Bedeutung überſetzen; aber bei der ab intestato auf keine Weiſe, denn hier heißt es nicht, der Prätor wolle potissimum die b. p. an die Inteſtaterben geben, ſondern allgemein, er wolle die b. p. dem geben, der potissimum heres ſein müßte. Alſo die b. p. ab int. iſt jedenfalls eine ohne Clauſeln gegebene, worin der Prätor ſich gar keine Wahl läßt, andere perſönlich Würdigere den civilrechtlichen Inteſtaterben vorzuziehen, wie ja auch Cicero's ſchon öfter erwähnte Argumentation über das Recht der gens Minucia beweiſt. — Wie ſollte nun aber der Prätor dazu gekommen ſein, im Gegenſatz mit der b. p. ab int. die secundum tabulas in jener Weiſe zu limitiren? Es ſcheint alſo mit Nothwendigkeit zu folgen, daß wir auch bei dieſer das potissimum nicht mit hauptſächlich ſondern „vor allen Anderen“ überſetzen müſſen, ſo daß alſo auch hier alle willkührliche Verleihung dem Prätor entzogen war. Wie leicht hätte Verres, wenn die Huſchkeſche Anſicht richtig wäre, jenem Erbprätendenten, als einem würdigen Mann (die Beurtheilung der Würdigkeit hätte doch nur vom Prätor abgehangen) — die Erbſchaft zuwenden können, ohne daß er ſich der immer ſehr mißlichen Edictsveränderung zu bedienen brauchte!

So ſcheinen mir denn auch die übrigen Gründe, die Huſchke für ſich anführt, ſeiner Anſicht keine Beſtätigung zu gewähren.

In den Beiſpielen des Valer. Max. (VII. 7. §. 6 u. 7.)

---

5) A. a. O. S. 11.

Digitized by Google

ist der Grund, weßhalb die b. p. verweigert wird, nicht der, daß Indignität das Recht selbst auf dieselbe entziehe, sondern die ganz äußerliche Ursache, daß der Prätor keine solche Leute in seiner Gegenwart duldet. Ihnen fehlt also das Recht an sich nicht, aber sie dürfen nur nicht vor dem Prätor erscheinen, es geltend zu machen [6]). Das ist in der Stelle auch bestimmt angegeben:

> **quo provisum est, ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce, tribunalia magistratuum sub specie petiti juris** (also das Recht selbst wird nicht geläugnet) **polluerentur.** —

Die Belobung Cicero's (**pro Cluent 60.**) von Jemandem, der die **b. p.** erhalten, als einem **adolescens pudentissimus et inprimis honestus**, wird wohl auch kein Bestärkungsmittel jenes Princips der Würdigkeit abgeben, wenn man bedenkt, wie Cicero alle Personen, die mit der von ihm vertheidigten Sache zusammenhängen, stets als ausgemachte Tugendhelden darzustellen sucht, um einen gehörigen Contrast gegen die andere Partei zu gewinnen. —

Und endlich die Vermuthung, „daß der im Justinianischen „Rechte so nichtsagend gewordene Titel (**D. 38. 13.**) **quibus „non comp. b. p.** ursprünglich zur Namhaftmachung solcher „Personen diente, denen der Prätor, obgleich sie an sich be„rufen waren, doch wegen Unwürdigkeit die **b. p.** nicht geben wollte", — woraus denn auch ein Anknüpfungspunkt für die Indignitätslehre der Civilrechtsquellen der Kaiserzeit abgeleitet wird, — diese Vermuthung dürfen wir wohl auch mit demselben Grunde, den wir den Stellen des **Valer. Max.** entgegensetzten, zurückweisen. Huschke scheint sich hier selbst zu widersprechen, indem er solche unwürdige Personen „an sich für berufen" zugiebt, während er vorher alle Klassen nur unter der Bedingung der Würdigkeit für berufen annimmt.

Wenn wir nun jenes Wort potissimum in der Bedeu-

6) Savigny System II. S. 190.

Digitized by Google

tung: „vor allen Anderen“ nehmen dürfen, so ist schon damit bewiesen, daß es zu Cicero's Zeit noch keine c. t. und unde liberi b. p. gegeben habe. Wenn zuerst die b. p. sec. tab. ertheilt werden soll, so kann nicht eine Andere ihr noch voraufgehen. Schon Fabricius nimmt dies an, und wird nicht durch Huschke widerlegt, welcher ihm das zweite potissimum entgegensetzt, das doch nicht ebenfalls wieder zuerst heißen könne. Aller Begriff des Ersten ist relativ, man kann in einem gewissen Kreise, unter gewissen Bedingungen der Erste sein, während man unter anderen Bedingungen hinter Anderen steht. So könnte also auch bei der sec. tab. b. p. sehr wohl das Wort potissimum stehen, und damit wäre doch eine c. t. vereinbar, aber dann müßte jene durch das Nichtvorhansein dieser bedingt sein. Das Edict würde gelautet haben: „wenn die Zeit der c. t. abgelaufen ist, so will ich zuerst die b. p. sec. tab. ertheilen.“ Ebenso wie es dann später heißt: „wenn kein Testament vorgewiesen wird, so will ich dem ersten Civil-Intestaterben, welcher sich meldet, die b. p. geben.“

Daß hier bei der Intestaterbfolge ein Erster angenommen wird, beweist ja noch nicht, daß er absolut der Erste wäre. Er ist es unter der Voraussetzung, daß kein Testament vorhanden sei: (si is intestato mortuus esset). Dagegen weil bei der testamentarischen Successsion sich nicht diese Voraussetzung einer noch früheren Erbklasse findet, so folgt, daß sie zu Cicero's Zeit absolut die Erste war.

Ebenso wie die testamentarische hinter der c. t. b. p. steht, so folgt in späteren Zeiten die b. p. der Civil-Intestaterben auf die unde liberi. Es wird sich später zeigen, daß diese im genausten Zusammenhange mit der contra tab. steht. Hier können wir jedenfalls schon sehen, daß für sie, ebenso wie für die c. t., in unseren Ciceronianischen Edictsworten kein Platz ist. Die b. p. der legitimi heredes folgt gleich auf die sec. tab. (sequi illud oportet etc.), es stand also noch nicht zwischen beiden das, was wir später an dieser Stelle finden. Ferner aber leuchtet es ein, daß durch Einschiebung der b. p. unde liberi die Ciceronischen Edictsworte unpassend werden mußten, indem jetzt vom Prätor eine Klasse

Digitized by Google

conſtituirt war, welche die legitimi heredes verhinderte, die ab intestato allen Anderen vorhergehenden (potissimum) Erbberechtigten zu ſein, und ſo finden wir denn auch in der That in einer ſpäteren Quelle eine andere Faſſung des Edictes:

fr. 1. unde legitimi (Julianus) — Haec verba edicti: *Tum quem ei heredem* [7]) *esse oporteret, si intestatus mortuus esset.*

§. 26. Nachdem ich in den voraufgehenden beiden §§ meiner Anſicht über den Urſprung der b. p. in den Edictsworten ſelbſt den letzten und beſten Beweis gegeben zu haben glaube, müſſen nun die genaueren Bedingungen der einzelnen Klaſſen unterſucht werden (ſ. §. 24. im Anfange).

I. Die bonorum possessio secundum tabulas.

Eine ſehr verbreitete Anſicht über die Bedeutung dieſer Klaſſe iſt folgende [1]). Der Prätor habe eine Form des Teſtaments als genügend anerkannt, die von dem civilrechtlichen Mancipationsteſtamente weſentlich verſchieden geweſen ſei, und ſich durch freiere, weniger Formalitäten erfordernde Regeln ausgezeichnet habe. Man nennt ſie das Prätoriſche Teſtament. Wer ein ſolches habe vorweiſen können, dem ſei eine b. p. sec. tab. verliehen worden. Darin liegt aber, daß dieſe Klaſſe eine von der civilrechtlichen teſtamentariſchen Erbfolge völlig abweichende geweſen ſei, welche nur in einem Mancipationsteſtamente ihren Grund haben konnte. Da das Prätoriſche Teſtament viel weniger Erforderniſſe gehabt habe, als jenes, ſo

---

7) Auf heredem liegt der Ton, d. h. der vom Civilrecht berufene Erbe. Vgl. noch fr. 4. unde leg. — Daß in dem Conjunctiv oporteret nicht eine Hindeutung auf die emancipati liegt, wie Mayer (Erbrecht I. S. 156.) meint, ſcheint mir durch das Bisherige genugſam widerlegt.

1) Ich führe die einzelnen Schriftſteller, welche dieſe Anſicht haben, nicht an, weil es genügt, diejenigen zu bemerken, welche ſich abweichend von ihr geäußert haben.

Digitized by Google

seien also eine Menge von Fällen denkbar, in denen eine Prätorisch gültige Erbfolge vorhanden gewesen, die das Civilrecht nicht anerkannt habe.

Durch dies Nebeneinanderstellen zweier verschiedener testamentarischer Successionen, entsteht nun aber die Frage, auf die offenbar Alles ankommt, nämlich: welche von beiden die in der Praxis herrschende gewesen sei, oder m. a. W. welche die Kraft gehabt habe, die Intestatsuccession auszuschließen? — eine Kraft, die doch eine wahre testamentarische Succession nothwendig haben muß.

Vor der Entdeckung des Gaius konnte man diese Frage unbedenklich dahin beantworten, daß die Prätorische Erbfolge durchaus vorgegangen sei. Man habe absichtlich eine freiere Testamentsform an die Stelle des Mancipationstestamentes gesetzt, um eben in einer Reihe von Fällen dem **scriptus** die Erbschaft zuzuwenden, welche er nach Civilrecht nicht hätte erhalten können. Also jene **b. p. sec. tab.** habe nicht allein eine weitere Berufung der Prätorischen Intestatklassen verhindert, sondern sie sei auch den lediglich sich auf das Civil-Intestaterbrecht Stützenden vorangegangen [2]).

Unerwartete Schwierigkeiten erhoben sich indeß gegen diese Ansicht durch eine Stelle des Gaius **II. 119. 120.**, welche klar genug zu sagen scheint, daß die **b. p. sec. tab.** jenen Vorzug vor den Civil-Intestaterben erst durch ein Rescript des Kaisers Antoninus (Mark Aurel) erhalten habe. Vor demselben also mußte es doch offenbar umgekehrt sein [3])! — Man hat daraus den Grund hergenommen, um überhaupt das in Note 2. erwähnte Hugosche Princip umzuwerfen, und das gerade entgegengesetzte an die Stelle zu setzen, wobei man freilich gleich von vorn herein mehre Ausnahmen anerkennen mußte [4]).

---

2) Namentlich seitdem Hugo in seiner Doctordissertation (**de bonorum possessionibus. Hal. 1788**) das Princip der **b. p. cum und sine re** entwickelt hatte, glaubte man an diesem Satze nicht zweifeln zu dürfen.

3) Hugo R. G. S. 589 u. 609.

4) Fabricius a. a. O. S. 208 ff. v. Vangerow. Leitfaden **II.** S. 16. Danz R. G. **II.** S. 51.

Digitized by Google

Ich habe in einer eigenen Abhandlung [5]) diese Schwierigkeiten dadurch zu heben gesucht, daß ich zeigte, die b. p. sec. tab. müsse überhaupt unter einem ganz anderen Gesichtspunkte aufgefaßt werden. Die Aufstellung dieses neuen Principes knüpft sich eng an den schon von Treckell entwickelten, von Dernburg und Fabricius angenommenen Satz an, daß nicht daran zu denken sei, als habe der Prätor durch die b. p. sec. tab. eigens eine neue Testamentsform geschaffen, die man unter dem Namen des Prätorischen Testamentes als dem Mancipationstestamente entgegengesetzt, und davon unabhängig im Römischen Rechtsleben bestehend aufzufassen habe [6]).

Von dem Principe der b. p. cum und sine re kann erst die Rede sein, nachdem alle die einzelnen ursprünglichen Klassen der b. p. festgestellt sind; aber es leuchtet ein, daß die Beantwortung desselben ganz durch jene Stelle des Gaius bedingt wird, also überhaupt von der Ansicht abhängt, die man von der b. p. sec. tab. hat.

5) Historia bonorum possessionis secundum tabulas. Goettingae. 1841.

6) Treckell de origine atque progressu testamentifactionis apud Romanos. Lips. 1739. pag. 158. ff. — Dernburg Beiträge zur Geschichte der Röm. Testamente. Bonn 1821. S. 213—233. Fabricius a. a. O. S. 121—124. — Namentlich muß hier auf Treckells vortreffliche Schrift aufmerksam gemacht werden, welche, (wie Haubold in den von ihm herausgegebenen kleinen deutschen Aufsätzen Treckells Leipz. 1817. S. IX. sagt) „noch immer als ein Muster historischer Untersuchungen über das Römische Recht aufgestellt zu werden verdient." Allerdings dürfen wir wohl seine Ansichten über die älteren Testamentsformen (cal. com. u. in proc.) durch Dernburgs mit jugendlicher Frische geschriebene Untersuchungen für beseitigt halten, obgleich noch immer hie und da jene ältere, einst allgemein herrschende Ansicht, bei Nichtkennern wieder auftaucht. — Allein es muß zugleich bemerkt werden, daß für uns die Erkennung des Treckellschen Irrthums, wegen der Auffindung des Gaius, gar kein so großes Verdienst ist. Ehe Gaius die Erzählung des Theophilus in den Hauptpunkten bestätigte, lag es sehr nahe, die Glaubwürdigkeit des letzteren zu bezweifeln, was man freilich nicht so stark auszudrücken brauchte, daß man ihn der meras fabulas und anilia figmenta (Treckell p. 117.) beschuldigte.

In anderen, uns hier besonders interessirenden Punkten, scheint mir Treckells Argumentation noch immer durchaus zu genügen, und

Digitized by Google

Es ist wegen der mancherlei noch immer über das Mancipationstestament obschwebenden Streitigkeiten nothwendig, die Hauptpunkte desselben hier, wo möglich, festzustellen. Das Princip, aus dem die **b. p. sec. tab.** aufzufassen ist, wird sich dann, wie mir scheint, sehr einfach daraus ableiten lassen [7]). — Wir können das, was uns über das **test. per aes et libram** hier zu wissen nöthig ist, in zwei Fragen theilen:

1) War dies zu Gaius und Ulpians Zeit unzweifelhaft in Gebrauch befindliche Testament im Wesentlichen ein mündliches, oder umgekehrt nothwendig ein schriftliches, oder endlich umfaßt es beide, die schriftliche und die mündliche Form gleichmäßig? Alle drei Ansichten werden heutzutage vertreten.

2) Wenn es ein schriftliches Mancipationstestament giebt, war schon nach Civilrecht dessen Obsignation erforderlich, und wenn dies zu bejahen ist, von welcher Zeit an können wir dies Erforderniß datiren?

ad 1. Daß ursprünglich das **test. per aes et libram** ein lediglich mündliches (**nuncupativum**) gewesen sei, läßt sich nach den Worten des Gaius **II. 102** ff., wenn man ihnen nicht Zwang anthun will, nicht wohl läugnen; und das wird denn auch heutzutage, soviel ich weiß, allgemein angenommen. Nichts ist auch für die Gestalt, in der man sich dies Testament in der älteren Zeit zu denken hat, passender. Der **familiae emtor** nimmt selbst die Stelle des **heres** ein, also auf ihn wird nach dem Tode des Mancipirenden die ganze Erbschaft übertragen, von der ihm nur etwa einzelne Vermächtnisse abzugeben in der **lex mancipii** aufgelegt wurde. Die

---

weil ich in neueren Schriften bisweilen deren Benutzung vermisse, so schien es mir nöthig, theils von vorn herein ganz besonders darauf zu verweisen, theils auch im Folgenden, wo ich nichts hinzuzusetzen fand, einige Stellen daraus in den Noten abdrucken zu lassen. —

7) Wenn neuerdings Roßhirt in seiner Zeitschr. V. 1. S. 37. sagt: „es ließe sich von der b. p. sec. tab. durchaus nicht ein positives „Princip aufstellen, sondern es ließen sich die einzelnen Richtungen „nur kurz (?) darstellen und übersehen" — so kann ich dies um so weniger verstehen, als er doch selbst meint: „daß diese wichtige Lehre „ihren eigenen (?) Mann erfordere."

Digitized by Google

beiden Theile, welche nach Ulpian in dem Mancipationsteſtamente enthalten ſind, die **familiae mancipatio**, und die **nuncupatio** [8]) konnten auch jetzt ſchon vorkommen, nur waren ſie nicht beide nothwendig. Denn indem man den ſelbſt hinzuzog, den man zum **heres** haben wollte, ſo lag die Erbeseinſetzung ſchon in der **mancipatio** der **familia** an denſelben. Aber da wohl ſelten ein Teſtament ohne Legate gemacht wird, ſo konnte nur ſelten der zweite Theil fehlen, die **lex mancipii**, d. h. die Aufzählung der Nebenbeſtimmungen, unter denen dem **heres** die **familia** zukommen ſollte. Daß dieſelbe mündlich geſchehen mußte, läßt ſich nach der allgemeinen Regel für die Mancipationen nicht bezweifeln [9]).

Später aber gewann das Teſtament, wie es Gaius klar genug bezeugt, eine andere Geſtalt, und wir können die Veränderung kurz ſo ausdrücken: es wurde die Erbeseinſetzung, welche bisher in der **familiae mancipatio** gelegen hatte, jetzt in den zweiten Theil des Geſchäftes, die **nuncupatio** herübergezogen, welche dadurch erſt, ſo wie ſie Ulpian und Gaius darſtellen, eine wahre **nuncupatio testamenti** wurde. Einen beſonderen Grund für dieſe Veränderung giebt uns Gaius nicht an, er hebt nur hervor, daß alſo jetzt die Mancipation der Theil ſei, welcher bloß **propter veteris juris imitationem** retinirt würde, der alſo keine innere Bedeutung mehr habe

---

8) Ulp. XX. 9. — In testamento, quod per aes et libram fit, duae res aguntur, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti.

9) Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto, ſagen die 12 T. (Festus. v. nuncupata). — Wenn man mit Dernburg noch eine frühere Periode vor der im Text beſchriebenen annimmt, wo der familiae emtor noch nicht heredis locum obtinebat, ſondern ihm nur die einzelnen Eigenthumsſtücke mancipirt wurden mit Aufträgen, ſie ſpäter an Andere zu vertheilen, (a. a. O. S. 96 ff.) ſo kann die mündliche Form dieſes Geſchäftes, das noch gar kein wahres Teſtament war, noch weniger Zweifel leiden. Allerdings hat die Annahme einer ſolchen frühſten Periode des Mancipationsteſtamentes ſehr viel für ſich, weil das von Gaius und Ulpian angedeutete Nebeneinanderbeſtehen deſſelben mit dem calatis com. errichteten ſich nicht wohl in anderer Weiſe denken läßt. S. Dernburg S. 117. N. 43.

Digitized by Google

(**dicis gratia**), während dieſe ſich ganz auf den zweiten Theil, die **nuncupatio testamenti**, concentrirte [10]).

Dagegen giebt uns Theophilus in ſeiner Paraphraſe zu dem Inſtitutionentitel **de test. ord.** einen Grund für dieſe ſpätere Geſtalt des Mancipationsteſtamentes an. „Weil der „**fam. emtor** die Stelle des **heres** einnahm, alſo wußte, daß „er das Vermögen bekommen werde, ſo ſtellte er dem Teſtator „nach dem Leben, und um dies zu verhindern, verkaufte man, „mit Beibehaltung der alten Form, dem **familiae emtor** das „Vermögen fortan nur Scheines halber, und ernannte, abgeſon„dert davon, in **tabulae** den, welchen man zum **heres** haben „wollte."

Wir können, da ſo Vieles über die Teſtamente von Theophilus Erzähltes durch Gaius beſtätigt wird, dieſem Grunde, auch wenn ihn Letzterer nicht erwähnt, ſehr wohl Glauben ſchenken, indem des Theophilus Thätigkeit allem Anſehen nach nicht ſoweit reichte, daß, wo ſeine hiſtoriſchen Quellen [11]) ihm keine Erklärungsgründe darboten, er ſich deren gleich aus eigener Phantaſie gebildet hätte. Es iſt damit alſo die Entſtehung des ſchriftlichen Teſtamentes dargethan, welches, wie ſich nicht läugnen läßt, zu Ciceros Zeit ſchon in allgemeinem Gebrauch war, und vielleicht bereits lange beſtanden hatte [12]). Auch Gaius und Ulpian ſprechen bloß von dieſer ſchriftlichen Art zu teſtiren, indem in der **nuncupatio testamenti** auf den Inhalt der **tabulae**, welche der Teſtator in der Hand hielt, verwieſen werde.

Aber es fragt ſich, ob nun daraus mit Hugo und v. Löhr [13]) abgeleitet werden dürfe, daß in der dritten Periode

---

10) Gai. II. 103.

11) Und das waren doch gewiß nicht bloß des Gaius Inſtitutionen.

12) Hugo R. G. S. 558. Z. 20. — Die Beweisſtellen werden alsbald angegeben werden.

13) Hugo R. G. S. 932. Z. 9. Eine Stelle, die trotz Schillings Gegendeduction (in den Bemerkungen zur R. R. G. S. 375 u. 427. Note *)) aus der zehnten Auflage in die elfte unverändert aufgenommen iſt. — v. Löhr. Arch. f. civ. Prax. Bd. 6. S. 332 u. 336. S. dagegen namentlich die zuletzt angeführte Stelle v. Schilling. — S. auch Glück **XXXIV.** S. 245.

Digitized by Google

der Rechtsgeschichte dieſe tabulae durchaus nothwendig geweſen ſeien, daß es alſo gar kein mündliches civilrechtliches Teſtament gegeben habe? Wenn wir bloß an dem Grunde feſthalten, aus dem Theophilus die ſpätere Geſtalt des Mancipationsteſtamentes ableitet, ſo ſcheint dieſe Anſicht allerdings viel für ſich zu haben. Denn wer ſich vor Lebensnachſtellungen fürchtet, darf den Namen ſeines Erben nur in einer verſchloſſenen Schrift nennen, und ſobald bloß die Sorge der Römer für ihr Leben ſie dazu führte, dem **familiae emtor** die Eigenſchaft des **heres** zu nehmen, ſo mußte dieſelbe ſie auch nothwendig zum ausſchließlichen ſchriftlichen Teſtament führen. Wenn nämlich auch der Teſtator ſich durch öffentliche Einſetzung eines Anderen als des **fam. emtor** vor des Letzteren Nachſtellung ſicherte, ſo war er doch nun ebenſowenig wie vorher vor dem geſchützt, der wirklich der Erbe werden ſollte, und es in jedem Augenblick von den Zeugen oder dem **fam. emtor** erfahren konnte. Eine Pflicht dieſer Perſonen, das bei der Teſtamentserrichtung Gehörte zu verſchweigen, iſt doch dem Röm. Rechte ganz unbekannt. Alſo führt der Grund des Theophilus mit Nothwendigkeit dahin, die frühere und ſpätere Geſtalt des Mancipationsteſtamentes ſo zu unterſcheiden, als habe ſich aus dem mündlichen bisher allein gebräuchlichen, jetzt ein allein beſtehendes ſchriftliches gebildet. Und ſo iſt auch in der That die Anſicht und Darſtellung des Theophilus. Aber Gaius drückt ſich ganz anders aus. An der Stelle, wo er das ältere und neuere Recht gegen einander ſtellt, erwähnt er das, was nach Theophilus jedenfalls die Hauptſache wäre, gar nicht (II. 103.), vielmehr heißt es nur:

> **nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emtor adhibetur.**

Es würde willkürlich ſein, hier unter dem Wort **testamento** nur die **tabulae testamenti**, das ſchriftliche, nicht auch die **nuncupatio testamenti**, das mündliche Teſtament zu verſtehen. Erſt nachher ſpricht dann Gaius bei Erörterung der weiteren Förmlichkeiten insbeſondere von den **tabulae testamenti**, weil, was Niemand läugnen wird, ſie jedenfalls im Leben, ebenſogut wie bei uns, das Häufigſte waren. Aber

Digitized by Google

gerade die Art, wie er davon spricht, zeigt deutlich, daß er die schriftliche Form nicht für die einzig mögliche halten kann.

> et hoc dicitur nuncupatio; nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Er rechtfertigt also die Gültigkeit des schriftlichen Testamentes lediglich dadurch, daß es als ein nuncupatives aufzufassen sei. Ist es nun wohl anders denkbar, als daß das rein nuncupative als ein ganz gültiges Civiltestament betrachtet werden muß?

Wir brauchen wohl kein Bedenken zu tragen, hier im Gegensatze zu Gaius, den Theophilus eines Irrthums zu zeihen, in welchen er zu seiner Zeit so leicht gerathen konnte. Da allerdings in der späteren Periode des **test. per aes et libram** das schriftliche das bei weitem häufigere war, so ist es dem Theophilus nicht zu verargen, daß er dies gerade für das eigentliche Wesen dieser Periode hält. Wir dagegen, genau uns an die Worte des Gaius haltend (die allgemeine Präcision seiner Darstellung rechtfertigt das genugsam) haben den Character des späteren Mancipationstestamentes so hinzustellen, daß es nur durch die Freiheit, Andere Personen als den familiae emtor zu heredes zu ernennen, sich von der früheren Gestalt unterscheidet, und darin liegt dann eben schon das Resultat, daß von jetzt an die schriftliche und die mündliche als zwei gleichmäßig zulässige, wenn auch nicht gleichmäßig gebräuchliche, Testirarten des Civilrechts nebeneinander bestehen. —

Wenn wir indeß dies auf die Autorität des Gaius für bewiesen halten, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß wir nun auch den von Theophilus angegebenen Grund, für die Umgestaltung des **test. per aes et lib.** wenigstens nicht für den alleinigen ansehen können; da er, wie gezeigt ist, auf das alleinige Bestehen des schriftlichen Testaments geführt haben würde. Auch ist dieser Grund ja nur ein singulärer; es werden doch nicht alle **familiae emtores** den Testatoren nach dem Leben getrachtet haben; und mancher Römer wird in dem, welchem er sein Vermögen hinterlassen wollte, und den er dem

Digitized by Google

gemäß als familiae emtor sich gegenüber stellte, solches Zutrauen gehabt haben, daß er es für unnöthig hielt, durch eine besondere Schrift die Sache noch weiter zu verheimlichen. Wie kommt es nun, daß, auch wenn es mündlich vorgenommen wurde, es dennoch seine Gestalt veränderte, daß man nicht mehr den, welchen man zu seinem heres machen wollte, sondern jeden beliebigen Dritten zum fam. emtor nahm?

Der Erklärungsgrund liegt zu nahe, als daß er, weil wir ihn durch kein Quellenzeugniß belegen können, darum für weniger richtig zu halten wäre. Was sich von selbst versteht, fanden auch die Römer nicht zu bemerken nöthig, und so kommt es, daß Theophilus in seinen Quellen nur den außergewöhnlichen Grund fand. — Wenn der Testator Jemanden ernennen wollte, der sich auswärts befand, so hätte entweder dieser eigens zurückkommen, oder, wenn das nicht ging, die Testamentserrichtung ganz unterbleiben müssen. Ferner daß Jemand mehre heredes nebeneinander hätte ernennen können, war ganz unmöglich, da es nur Einen familiae emtor gab. Der Testator mußte, so sehr er es wünschen mogte, die in der Erbeseinsetzung liegende Ehrenbezeugung [14]) Mehreren zu Theil werden zu lassen, sich damit begnügen, Einen ausgenommen, die Uebrigen mit Legaten abzufinden. Ich glaube der bei weitem schwerste Schritt bei der Entwicklung des Mancipationstestamentes war, dem familiae emtor statt eines Singularsuccessors die Eigenschaften des heres beizulegen, als aber dieser geschehen war, (s. Note 9. — gewiß schon vor den 12 Tafeln) kann es nicht lange mehr gedauert haben, daß man die Erbeseinsetzung aus der familiae venditio in die lex mancipationis oder die nuncupatio hinüberzog [15]).

---

14) fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Es ist wohl zu bemerken, daß dies eine Volksansicht war, wie sich aus vielen Gründen schließen läßt.

15) Wenn wir so die endliche Entwicklung des Manc. Test in sehr frühe Zeiten setzen, so könnte dagegen eingewandt werden, wie es möglich sei, daß Gaius davon noch so viel wisse? Aber ist es denkbar, daß die Römer, die so sehr an ihrem Rechte hingen, es je vergessen haben sollten, wie die an sich so auffallende Anwendung der Manci-

Digitized by Google

Indem wir also der Ansicht, das civilrechtliche Testament sei bloß ein schriftliches gewesen, entgegengetreten sind, so müssen wir umgekehrt auch die Ansicht Dernburgs verwerfen, der das reine Civiltestament für lediglich nuncupativ erklärt [16]). Freilich will und kann derselbe nicht läugnen, daß bei dem Civiltestamente auch **tabulae** vorgekommen seien, (Ein Blick auf Gaius lehrt das Gegentheil), aber er faßt doch die Sache so, als enthalte das nuncupative Testament nur die wesentlichen Requisite des Civilrechts, während die Schriftlichkeit als eine Zuthat gelte, die dem Testamente nur nichts schaden solle, die aber zu demselben keineswegs erforderlich sei. — Aus der bereits gegebenen Entwicklung leuchtet dagegen hervor, daß das schriftliche Testament nicht eine Vermehrung von Förmlichkeiten enthalte, durch deren Hinwegnahme man das reine Civiltestament erlange, sondern daß umgekehrt es eine Vereinfachung des Verfahrens mit sich geführt habe. Denn wenn auch anfangs die Zulässigkeit der **tabulae** durch die allgemeine Gefahr vor Lebensnachstellungen bewirkt worden ist, so wurde es doch in der Folge nicht aus diesem Grunde so allgemein, sondern weil man damit die weitläuftige Nuncupation des letzten Willens vermeiden wollte, welcher doch meist um der Sicherheit willen hätte **in scripturam** redigirt werden müssen. Liegt doch dies Streben nach Vereinfachung des Testamentsactes auch in den Gajischen Worten: **ea videtur generali sermone nominare.** — Der Gründe, wodurch Dernburg diese Auffassung der Sache [17]) bestätigen will,

---

pation auf Rechtsgeschäfte von Todeswegen zu erklären sei?

Ob die freie Einsetzungsbefugniß im Manc. Test. bereits zur Zeit der 12 Tafeln feststand, wage ich nicht zu entscheiden. Jedenfalls mußte sie, als die b. p. aufkam, entschiedenen Rechtens sein. Denn die Worte des Edictes: si tabulae testamenti etc. setzen nothwendig diese spätere Gestalt des Manc. Test. voraus, und diese Worte haben nach Cicero's Zeugniß, (dessen Richtigkeit zu bezweifeln kein Grund vorhanden ist) von Anfang an unverändert im Edict gestanden.

16) A. a. O. S. 130 ff.

17) Vielleicht scheint die Verschiedenheit derselben von unserer Ansicht, wonach zwei verschiedene Testirarten selbständig nebeneinanderstehend

Digitized by Google

sind zwei (S. 133—136.). Es sei der Character des älteren Röm. Rechts, daß man mehr in Wortformeln als in Schrift die Rechtsgeschäfte faßte. So wenig dies geläugnet werden kann, so beweist es doch nichts für unsere Frage, wobei es auf die Gestalt des Civiltestamentes zu der Zeit ankommt, in welcher die bon. poss. bestand, und man gerade durch das Prätorische Edict der strengen Gleichförmigkeit und Einfachheit der Rechtsgeschäfte mehr Ausbildung und Freiheit substituirte. Für die ältere Zeit läugnet Niemand die lediglich nuncupative Form der Testamente, wohl aber verneine ich sie für die Zeit, von der an man das Bestehen der b. p. setzt (S. Note 15.). Auch sieht man gleich aus Dernburgs zweitem Beweisgrunde, daß er gerade die spätere Gestalt des Mancipationstestamentes im Auge hat, und so hebt dieser zweite den ersten auf. Er sagt nämlich: wir fänden zu allen Zeiten in Rom nuncupative Testamente, wie sich dies ziemlich genau von *August* bis *Justinian* verfolgen ließe. Offenbar beweist auch dieser Grund, selbst wenn er ihn völlig darthäte, für seine Ansicht nichts, denn das Bestehen des mündlichen Testamentes läßt noch nicht folgern, daß es das *reine* Civiltestament gewesen sei, daß nicht das schriftliche als selbständige civilrechtliche Form daneben bestanden habe. Und wirklich liegen bei den Stellen, wodurch er das Bestehen des nuncupativen Testamentes darthut, die Andeutungen nahe genug, daß es gerade im Civilrecht gegen das schriftliche sehr zurückgetreten war.

Wenn Dernburg nämlich das bekannte Beispiel des Horaz anführt, so übersieht er dabei, daß Sueton's Worte ausdrücklich bezeugen, es sei das mündliche Testament nur aus Noth wegen des Ueberhandnehmens der Krankheit *statt des schriftlichen* gemacht worden [18]). Und wenn er die von

---

in der Mancipationsform vereinigt waren, — auf den ersten Blick gar nicht so bedeutend, da doch auch Dernburg (S. 138.) zugebe, daß die tabulae beim Civiltestament sehr häufig vorgekommen seien. — Aber wir werden sehen, daß gerade hier der Punkt ist, wo eine auch geringe Abweichung vom richtigen Wege das Mißverstehen der b. p. sec. tab. zur Folge hat.

18) Suet. vita Hor. cap. ult. — herede Augusto palam *nuncu-*

Sueton (vit. Calig. c. 38.) erwähnten öffentlichen Erbeseinsetzungen des Caligula geltend macht, so vergißt er den mit Recht von Treckell erhobenen Zweifel, ob hier wirklich an nuncupative Teſtamente zu denken ſei [19]).

Endlich aber beweiſt die Menge von Pandektenſtellen, worin von mündlichen Teſtamenten geſprochen werde [20]), allerdings gegen Hugo's Anſicht, aber ſie ſpricht auch nicht für die Dernburgiſche, da doch noch weit häufiger in den Pandekten von den **tabulae testamenti** und vom **scriptus heres** die Rede iſt und zwar in Stellen, in denen lediglich vom Civilrecht, ganz unabhängig von der b. p., gehandelt wird.

Und wenn wir nun noch einmal auf jene Stelle des Gaius zurückblicken, (II. 104.) ſo leuchtet es doch wohl genugſam ein, daß, wenn ſie auch zeigt, daß das ſchriftliche Teſtament nicht die einzige Form geweſen ſein könne, — ſie es doch auch von der anderen Seite als die gewöhnliche civilrechtliche Teſtirart erſcheinen läßt. **Ausdrücklich** ſpricht ja Gaius nur von ihr, und doch ſoll ſie etwas enthalten, was dem reinen Civilrecht fremd iſt, einen Zuſatz, welcher nur der civilrechtlichen Gültigkeit nichts ſchadet? — Ich glaube genügend dargethan zu haben, daß ſie gerade die freiſte, in den meiſten Fällen bequemſte Teſtirart des Civilrechts iſt, welche freilich die nuncupative Form, aus der ſie abgeleitet wurde, nicht ganz verdrängte, aber doch nur in ſeltenerer Anwendung neben ſich beſtehen ließ. Und ſo ſind wir denn, zwiſchen zwei Extremen

---

pato, quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.

19) Treckell p. 117.

20) Hieher gehören: fr. 21. pr. §. 1. qui test. fac. poss. worin ſich dreimal ganz in einer Parallele das ſchriftliche und mündliche Teſt. nebeneinandergeſtellt finden, aus Ulpians Commentar **ad Sabinum.** fr. 23. eod. fr. 1. §. 1. de her. inst. fr. 58. eod. fr. 20. §. 1. de vulg. et pup. subst. fr. 24. de test. mil. fr. 20. de jure codic. fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. — cf. l. 2. C. de b. p. s. t. l. 1. C. de b. p. c. t. l. 5. C. de test. — l. 2. §. 1. Th. C. de testam. Nov. Val. III. Lib. II. 21. 1. §. 2.

Digitized by Google

hindurchgehend, wieder auf die in der Mitte liegende Anſicht Treckells zurückgeführt [21]).

§. 27. ad. 2. Nachdem die Bedeutung des ſchriftlichen Teſtamentes dargeſtellt worden iſt, drängt ſich die Frage auf, ob die bei der sec. tab. b. p. eine ſo große Rolle ſpielende **obsignatio** bereits ein Erforderniß des Civilrechts geweſen ſei, oder ob indem der Prätor die Ertheilung der b. p. unter die Bedingung der Beſiegelung des Teſtamentes ſtellte, damit gerade erſt ein neues dem Civilrecht bisher noch nicht bekanntes Requiſit der Teſtamentsform aufgeſtellt habe. Es iſt klar, daß dieſe Frage den eigentlichen Uebergangspunkt bildet zur weiteren Unterſuchung der sec. tab. b. p.; wenn es entſchieden wäre, daß die obsignatio eine neue Prätoriſche Vorſchrift geweſen ſei, ſo würde darin zugleich der Beweis liegen, daß (wie es die Anſicht noch ſo mancher Schriftſteller unſerer Zeit iſt) der Prätor eine eigene dem Mancipationsteſtamente entgegentretende Form aufgeſtellt habe, daß alſo auch die sec. tab. b. p. eine von der civilrechtlichen teſtamentariſchen Erbfolge weſentlich verſchiedene Erbklaſſe geweſen ſei (ſ. §. 26. im Anfange).

Je mehr Gelehrte bereits die gänzliche Unhaltbarkeit dieſer Anſicht (und zwar meiſt von einander unabhängig) gefunden haben, um ſo mehr muß man danach ſtreben, daß auch alle Ueberreſte derſelben völlig vertilgt werden, indem gera-

---

21) Treckell l. c. p. 149. — „Ut igitur totam meam sententiam brevibus comprehendam verbis, ita censeo, testamentum per aes et libram fuisse vel scriptum vel nuncupativum. Quando testator in scriptis testari volebat, tunc ante ipsum testandi actum, ultimam suam voluntatem tabulis consignare solebat: in ipso vero actu tabulas ostendebat testibus, et solennia illa nuncupationis verba addebat, quae a nobis ex Ulpiano supra recitata sunt. Si vero per solam nuncupationem testari volebat, tunc in ipso testandi actu, testibus praesentibus, palam ac clare totam suam ultimam voluntatem verbis pronunciabat, tandemque solennia nuncupationis verba addebat, in hunc ferme modum: *Haec uti dixi, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote.*“ u. ſ. w.

Digitized by Google

de dieſe Ueberreſte, wie ſich im Verlaufe meiner Darſtellung zeigen wird, die größten Irrthümer zur Folge gehabt haben.

Ich will hier zuerſt die poſitiven Beweiſe dafür zuſammenſtellen, daß in der That die obsignatio ein Theil des Civil-Teſtamentes geweſen ſei, und alsdann ſoll ſelbſtändig dargethan werden, daß die sec. tab. b. p. keine von der civilrechtlichen teſtamentariſchen Succeſſion unabhängige Klaſſe gebildet habe. Das Gelingen des erſten Beweiſes führt von ſelbſt auch den des zweiten mit ſich, aber es dürfte jener auch mangeln, und doch würde dieſer zweite nicht weniger richtig geführt werden können, ſo daß in ihm dann wieder der Beweis des erſten Satzes läge.

Es wird Niemand läugnen, daß für die Annahme, welche hier bekämpft werden ſoll, Gründe vorhanden ſind, welche ſehr leicht zu derſelben führen konnten, Gründe indeß, welche bereits dem weiter ſehenden Treckell nicht haltbar erſchienen. So namentlich die immer wieder von Neuem, auch von Dernburg (S. 130.), angeführte Inſtitutionenſtelle:

> §. 2. J. de test. ord. — Quum jure civili signa testium non essent necessaria. §. 3. eod. et ex edicto praetoris signacula testamentis imponerentur. — Signacula autem et testium numerus ex edicto praetoris.

Jedenfalls iſt Dernburg hier inconſequent, daß er dieſe Stelle für ſich anführt, indem er ſpäter ein anderes gleich vorzubringendes Zeugniß ſo interpretirt, daß er darin auch ſelbſt die Widerlegung der Inſtitutionennachricht finden mußte. Es kommt hier überhaupt darauf an, feſtzuſtellen, welchen Werth man den hiſtoriſchen Nachrichten der Inſtitutionen beizulegen habe. Wenn man Notizen darin findet, die einer älteren Quelle entlehnt zu ſein ſcheinen (und wir geben zu, daß dafür die Präſumtion ſpreche), ſo haben ſie allerdings für unſere hiſtoriſchen Forſchungen große Bedeutung. Aber es giebt auch Erzählungen in den Inſtitutionen, denen man es im Gegenſatz zu jener Präſumtion gleich von vorn herein anſieht, daß ſie erſt von den Compilatoren gemacht ſein können, eben weil ſie zugleich von Zeiten ſprechen, die bereits hinter denen

Digitized by Google

der klaſſiſchen Juriſten lagen. Wenn wir in ſolchen Fällen der Paraphraſe des Theophilus wenig trauen, ſollen wir den Inſtitutionenworten, die vielleicht gerade von demſelben Theophilus herrühren, deßhalb mehr hiſtoriſches Gewicht beilegen, weil ſie die kaiſerliche Sanction erhalten haben? Wir würden damit zugeben, daß die Wiſſenſchaft in andere Schranken gebannt wäre, als welche ihr durch das Ziel der Wahrheitserforſchung angewieſen ſind.

Daß die Erzählung im Titel **de test. ord. pr.** — §. 4. nicht aus der Quelle eines älteren Juriſten gefloſſen ſein kann, braucht wie ich glaube, nicht weiter bewieſen zu werden. Sie iſt die Erörterung des im §. 3. angedeuteten Themas,

> **hoc jus tripertitum esse videtur, ut testes quidem et eorum praesentia uno contextu testamenti celebrandi gratia a jure civili descendant, subscriptiones autem testatoris et testium a sacrarum constitutionum observatione adhibeantur, signacula autem et testium numerus ex edicto Praetoris.**

ein Thema, das in ſeiner angenehmen Ueberſichtlichkeit und Einfachheit, recht deutlich das Streben des Geſetzgebers zeigt „**ut nihil antiquitatis penitus ignoretur**“. Man könnte es eine Art Koketterie nennen, daß gerade in den neuen oft ſehr paſſenden Anordnungen Juſtinians die alten Elemente hervorgehoben werden, aus denen das Neue zuſammengeſchmolzen ſei. Daß man wirklich hier hiſtoriſche Genauigkeit ſich zur Bedingung machte, paßt nicht eben zur damaligen Zeit. Und nun gerade die angeführte Stelle ſollen wir auf Treu und Glauben hinnehmen müſſen, bei der ſich doch ſchon in demſelben § ein völliger hiſtoriſcher Widerſpruch findet? Zuerſt heißt es **quod jus civile exigebat, septem testibus adhibitis** und **ex edicto Praetoris signacula testamentis imponerentur.** Alſo der **numerus testium** wird hier dem **jus civile** vindicirt, und dem Prätor nur die Einführung der **signa** zugeſchrieben; und gleich darauf wird gerade das Umgekehrte geſagt. — Bedarf es eines weiteren Beweiſes, daß wir hier nicht auf hiſtoriſchen Boden ſtehen? —

Dagegen beſitzen wir eine andere Quelle, die uns die be-

Digitized by

ſte Sicherheit gewähren kann, welche überhaupt möglich iſt. Es ſind die oben bereits aus der Ciceroniſchen Stelle abgeleiteten Edictsworte ſelbſt. Wenn ihre Interpretation auf etwas Anderes führt, als was die Inſtitutionenſtelle erzählt, ſo muß Letztere offenbar zurückſtehen. Ich will dieſe Edictsworte hier ſogleich mit der Interpretation aufführen, welche Treckel l. c. p. 167. davon giebt; eine Interpretation, die nicht deßhalb heutzutage die nicht allgemein angenommene iſt, weil ihr beſtimmte Gründe entgegenſtänden, ſondern ehr weil man ſie überſehen hat:

> **Ait praetor:** *si de hereditate ambigetur, et tabulae testamenti ad me proferentur* **(Ergo, ut dixi, nihil novi hic praescribit, sed edicit, quid facere vellet, si quis tabulas testamenti afferat)** *obsignatae* **(Ergo requirit praesertim, ut istae sint obsignatae, non vero praescribit hoc, sed considerat tanquam requisitum necessarium justarum tabularum.)** *non minus multis signis quam e lege oporteat.* **Ex hisce verbis aperte elucet, praetorem omnino nihil mutare in numero testium, sive signatorum: sed velle, ut tot signa testium adsint, quod adesse oporteat in testamento juris civilis.**

Mag man nun die Worte e lege verſtehen, wie man will, ſo liegt doch jedenfalls darin, daß aus einer civilrechtlichen Quelle die Beſiegelung des Teſtaments hervorgegangen, daß ſie nicht erſt vom Prätor gefordert worden war. Mag man eine beſondere lex annehmen, in der ſchon vor Einführung der b. p. die Obſignation vorgeſchrieben worden wäre, oder mag man e lege in der allgemeinen Bedeutung von „jure „civili“ auffaſſen, das Reſultat bleibt daſſelbe, daß der Prätor ſich hier rein an ein Erforderniß des Civilrechts angeſchloſſen habe.

Ich meinestheils halte die Erklärung von e lege als gleichbedeutend mit „jure civili“, welche bereits, freilich ohne weiteren Beweis, von Treckell (S. 169), Savigny, Dernburg und Fabricius ausgeſprochen iſt, für die richtige [1]). Es kann

1) Savigny Zeitſch. II. S. 86. N. 14. Fabricius a. a. O. S. 123.

Digitized by Google

nicht geläugnet werden, daß e lege oder lege in dieſer allgemeinen Bedeutung vorkommt, wie z. B. die bei der Teſtamentserrichtung geſprochene Formel [2]) ganz in demſelben Sinne die Worte quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam für secundum jus publicum enthält. Es liegt doch ſehr nahe, daß in dieſer Weiſe auch der Prätor das Wort genommen hat [3]).

Wir brauchen alſo nicht nach einer beſonderen lex zu ſuchen, wir können unbedenklich annehmen, daß durch Gewohn-

---

N. 167. — Dernburg S. 217. widerſpricht dadurch geradezu ſeiner früheren Behauptung, daß die signatio testium vom Prätoriſchen Rechte herrühre. — Daß mit e lege nicht die lex Cornelia testamentaria gemeint ſei, wie neuerdings wieder Huſchke meint (Flavii Syntrophi instr. don. ed. Huschke p. 52. Richterſche Jahrb. 1839. S. 23.), hat ſchon Treckell a. a. O. widerlegt. — Daß e lege nicht auf die leges municipales zu beziehen ſei (Hugo R. G. S. 589. N. 2.), folgt aus gleich anzuführenden Stellen Cicero's, in denen von der zu Rom gebräuchlichen Obſignation die Rede iſt. — v. Löhr Magazin IV. 4. S. 452. ſtimmt wiederum Huſchke bei, und hält demnach die sec. tab für eine b. p. quib. ex legibus. Aber wenn auch die Siegel geſetzlich waren, ſo iſt es damit doch die b. p. nicht auch.

2) Gai. II. 104. vgl. Cic. pro Caec. 26.

3) So lautet die alte Arrogationsformel (Gell. V. 19). uti tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo . . . natus esset." — In fr. 1. §. 2. de rei vind. kommt der Ausdruck: ex lege Quiritium als gleichbedeutend vor mit ex jure Romano. — In fr. 1. §. 16. de fluminibus wird eine exceptio erwähnt, welche Labeo ſo gefaßt hat: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit. — Wenn alſo v. Löhr a. a. O. den Ausdruck wenigſtens zu Ciceros Zeiten für unmöglich hält, ſo müßte er doch noch vor Labeo aufgekommen ſein! Mir ſcheint nichts natürlicher, als gerade für die ältere Zeit dieſe Bedeutung anzunehmen. Als das Zwölftafelgeſetz noch die ausſchließliche Grundlage des Röm. R. war, mußte eben ex lege gleichbedeutend ſein mit ex jure civili; und wenn auch ein Rechtsſatz nun nicht ausdrücklich in den 12 Taf. ſtand, ſondern zur Interpretatio (fr. 2. §. 5. de orig. jur.) gehörte, ſo hatte er mittelbar doch auch ex lege Kraft, weil ihn die Römer als ſtillſchweigend in den 12 Tafeln gebilligt anſahen. Z. B. Gai. I. 165.

heitsrecht die **obsignatio** aufgekommen sei. Und wenn wir jenen Grund des Theophilus über die erste Veranlassung des schriftlichen Testaments, nämlich die Verhütung der Lebensnachstellungen gelten lassen, so versteht sich ja ganz von selbst, daß man von Anfang an gewöhnt sein und besonders darauf achten mußte, daß die **obsignatio** nicht fehle. Denn diese ist keine Unterſiegelung, sondern eine wahre Verſiegelung, also sie allein ist das Mittel, um die Geheimhaltung des instituirten Erben, welche man gerade beabsichtigte, zu bewirken. Und überhaupt, wie ist es denkbar, daß man auch abgesehen von jenem Theophilischen Veranlassungsgrunde, also wenn man annimmt, es sei bloß aus Bequemlichkeit der Testatoren das schriftliche Testament aufgekommen, daß, sage ich, man es irgend jemals ohne die **obsignatio** habe zulassen können?

In dem Aufkommen des schriftlichen Testamentes liegt es, daß jetzt gerade ein Anderer als der **fam. emt.** zum **heres** ernannt werden konnte, daß ein Testament errichtet werden durfte, ohne daß die zur Errichtung desselben mitwirkenden Personen irgend etwas von dessen Inhalt erfuhren. Aber, das ist die einfache Frage, die sich hier aufdringt, wie wurde es denn nun eingerichtet, daß diese Personen, welchen bei der Errichtung das Testament bloß vorgewiesen worden war, dann später nach dem Tode des Testators, auch mit Sicherheit wiedererkennen konnten, es sei die von einem Erbprätendenten vorgebrachte Urkunde mit der, welche einst der Testator bei der **nuncupatio testamenti** in der Hand gehalten hatte, identisch? Und diese Recognition der Zeugen ist doch, damit ein Testament civilrechtlichen Erfolg haben könne, durchaus nothwendig. Man hätte dies dadurch zu erreichen vermocht, daß Einem der Zeugen das Testament bis zum Tode des Testators in Verwahrung gegeben worden wäre. Aber sicher war das doch nicht. Der Depositar konnte selbst ein solches Testament unterschieben, er konnte vor dem Testator sterben, und so war wieder der Beweis der Identität der Urkunde unmöglich.

Man hätte versuchen können, durch Vergleichung der Handschriften die Aechtheit des Testaments zu constatiren? Aber es brauchte ja gar nicht von der Hand des Testators geschrieben zu sein: oder wenn er es auch selbst geschrieben

Digitized by Google

hatte, so konnte die nach seinem Tode vorgebrachte Urkunde eine andere frühere oder spätere Schrift sein, welche dadurch daß sie von der Hand des Testators geschrieben war, noch keine Bedeutung hatte. Eine Urkunde bekommt erst durch die **nuncupatio** Testamentskraft, durch die Erklärung vor den nöthigen Personen, daß gerade dies der letzte Wille sei.

So muß also auch irgend ein Verfahren bestanden haben, wodurch die Vornahme der **nuncupatio** mit einer bestimmten Urkunde dauernd bestätigt wurde; aber man kann dasselbe, wenn man an den practischen Sinn der Römer denkt, nicht auf den bisher angegebenen Wegen suchen. Es läßt sich wohl mit positiver Bestimmtheit aussprechen, daß der erforderliche Identitätsbeweis bei den Römern, wo man nicht an eine Deposition im Gericht denken konnte, nur auf zweierlei Weise möglich war. Einmal dadurch daß den Zeugen wirklich der Inhalt vorgelesen worden wäre, (denn dann konnten sie durch Behalten der Dispositionen, später auch die Urkunde selbst wiedererkennen) oder, was noch bedeutend passender ist, dadurch daß die Zeugen sogleich bei der **nuncupatio testamenti** durch äußerlich an der Urkunde angebrachte Zeichen eine bleibende Kenntlichkeit derselben bewirkten. — Da wir bestimmt wissen, daß die erstere Regel bei den Römern nicht gegolten hat, so bleibt nichts übrig, als die Geltung der letzteren anzunehmen. Und zwar leuchtet es wie ich glaube nach dem Bisherigen ein, daß man eine von Anfang an ausnahmslose Geltung dieser Regel anzuerkennen habe. Wenn auch die Gültigkeit schriftlicher Testamente zugestanden wurde, so wußte doch ein Jeder daß diese Gültigkeit von der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio testamenti** abhange. Diese zu constatiren, wählten nun einmal die Römer die ihnen am nächsten liegende **obsignatio**, weil man daran schon bei der Abfassung anderer als der Testamentsurkunden gewöhnt war. Aber hätten sie auch jede andere Form, die Urkunde zu bezeichnen gewählt, so läßt sich doch jedenfalls keine Zeit annehmen, wo man eine Urkunde ohne diese Form für ein gültiges Testament hätte halten können. Ich muß gestehen, daß die so vielfach

Digitized by

von Anderen [4]) wiederholte Behauptung Treckells (p. 164) — es sei die Sitte der **obsignatio** allerdings ganz unabhängig vom Prätor aufgekommen, aber doch nun wieder umgekehrt erst durch dessen Edict recht allgemein geworden — daß, sage ich, mir diese Behauptung eine reine Undenkbarkeit enthält. Es wird danach angenommen, es habe anfangs ein schriftliches Civiltestament gegeben, weches ohne **obsignatio** gültig gewesen sei. Dann muß doch ein anderes Mittel angewandt worden sein, um die Vornahme der **fam. vend.** und **nunc. test.** an der Urkunde zu perpetuiren? Und welches wäre denn dies Mittel gewesen?

Die Unmöglichkeit hierauf eine Antwort zu finden, zeigt die Unhaltbarkeit der ganzen Ansicht. Es muß von Anfang an eine unumgängliche Vorschrift gewesen sein, daß wer ein schriftliches Testament errichten wollte, es von den dabei mitwirkenden Personen besiegeln lassen mußte. Die Recognition dieser Siegel ist, wie wir aus **fr. 3. §. 9. de tab. exhib.** sehen, ein unter der Autorität des Prätors stehendes Verfahren; weil gerade von dieser Recognition die Gültigkeit des ganzen Civiltestamentes abhängt, so war es natürlich, daß man sie unter die Aufsicht des Magistrats stellte.

> **Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant, ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit, coerceri eos a Praetore debere.**

Also schon Labeo erkennt die Zulässigkeit des Zwanges für das Erscheinen der Zeugen an. Wenn man ein anderes Mittel gehabt hätte, die Aechtheit zu constatiren, so würde man gewiß nicht so weit gegangen sein! Auch muß man hier nicht daran denken, daß dies Einmischen des Prätors mit der Ertheilung der **b. p.** zusammenhinge. Bei ihr verhält es sich gerade umgekehrt. Sie wird ertheilt ohne ein weiteres Recognitionsverfahren. Und so bleibt also nichts übrig, als dasselbe lediglich auf das Civiltestament zu beziehen. —

---

4) Dernburg S. 138.

Digitized by Google

Hiermit ſcheint es mir genugſam bewieſen zu ſein, daß die **obsignatio** nicht etwas von der Willkühr der Teſtatoren abhängendes geweſen ſei, welches auch hätte unterbleiben können, ſondern daß es nie ein ſchriftliches Teſtament ohne dieſelbe gegeben habe. Dies Reſultat ſtimmt denn auch allein mit jenen Edictsworten überein. Wenn der Prätor von **tabulae non minus multis signis signatae quam e lege oportet**, ſpricht, ſo liegt doch darin klar genug, daß überhaupt die Beſiegelung, nicht bloß die Zahl der Siegel, **e lege** als nothwendiges Erforderniß vorgeſchrieben iſt. (Sonſt würde man zu dem Reſultate kommen, ein ganz unbeſiegeltes Teſtament ſei gültig geweſen, eins mit ſechs Siegeln dagegen ungültig; ähnlich wie ſchon Cicero des Verres Abſicht darſtellt).

So iſt es denn erklärlich, daß Cicero die Perſonen, welche zur Errichtung eines Civilteſtamentes erforderlich ſind, kurzweg, ebenſo wie das eben citirte Fragment, die **obsignatores** nennt [5]), ſo daß dies weniger ein bloß von Cicero herrührender, als ein Volksausdruck geweſen zu ſein ſcheint. Hätte dieſer Name wohl aufkommen können, wenn die **obsignatio** nicht etwas allgemein Vorgeſchriebenes geweſen wäre?

Namentlich iſt hier auch noch auf die **lex Cornelia testamentaria** Rückſicht zu nehmen, welche alle Verfälſchungen der Teſtamente, wie uns deren von Cicero in der angeführten Stelle **pro Cluent.** beſchrieben werden, mit der Strafe des **falsum** belegte [6]). Darunter werden auch die begriffen, welche ein ſolches Teſtament beſiegelt haben. Es iſt nicht der geringſte Anhaltspunkt vorhanden, daß dieſe **lex Cornelia** erſt die Beſiegelung eingeführt habe, indem ſie wie Huſchke meint [7]), feſtgeſetzt hätte „daß nur aus **tabulis septem testium signis signatis** eine **b. p.** gegeben werden ſolle“. [8]) Wir würden hier

---

5) **pro Cluent.** 13 u. 14. Außerdem erwähnt er die Obſignation des Teſtamentes **pro Mil. c. 18.** Vielleicht auch in **Verr. II. 1. 19. §. 50.** „quum obsignandi gratia venissem“.

6) **Paulus rec. sent. IV. 7.**

7) S. Note 1.

8) Huſchke faßt die Sache deßhalb ſo, weil er wegen des Schweigens

einen Fall haben, daß durch eine lex eine b. p. eingeführt worden sei, was für diese Zeit wohl ebenso unwahrscheinlich ist, als die Ansicht von Fabricius, daß die c. t. b. p. durch eine Kaiserconstitution aufgestellt sei. Und überdem, wie soll denn der Prätor vor der lex Corn. die sec. tab. b. p. normirt gehabt haben? Und wie soll sich diese Annahme mit dem Zeugniß des Cicero vereinigen, der das Edict des Prätors über die b. p. als ein lediglich von Prätoren aufgestelltes, von Alters her (also doch gewiß über die lex Cornelia [9]) hinaus) unverändert bestehendes Institut darstellt?

Dagegen scheint mir die Annahme sehr viel näher liegend, daß wo in einem Gesetze ein Mißbrauch mit Strafe belegt wird, dieser Mißbrauch bereits öfter vorgekommen sei. Wenn also die lex Cornelia die Besiegelung falscher Testamente verbietet, so wird die Besiegelung der wahren schon lange die allgemeine Regel gewesen sein, gegen welche bereits häufige Betrügereien laut geworden sein mußten [10]). Alle anderen Gründe, welche für die Obsignation der Civiltestamente angeführt zu werden pflegen, will ich hier mit Treckells Worten (p. 164) zusammenfassen: **Augusti testamentum sine omni dubio omnia habuit juris civilis requisita; nam in eo et familiae emtor adfuit: (Sueton in vit. Ner. c. 4.) et tamen fuit obsignatum (Sueton in vit. Aug. c. ult. et Tiber. c. 23.) Quintilianus quoque (Decl. 308.), dum de testamento per aes et libram loquitur, et familiae emtoris et libripendis, et signatorum facit mentionem. Sic etiam in Senecae et Plinii scriptis obsignatio testamentorum saepissime occurrit: immo et in illis, ut et in veterum ICtorum scriptis, saepe signator et testis,**

---

von Gaius u. Ulpian die obsignatio nicht für ein Erforderniß des Civiltestaments hält. Davon soll gleich die Rede sein. Vielleicht meint auch v. Löhr (s. Note 1) dasselbe.

9) Ich wüßte keinen Grnnd, sie nicht von Sulla abzuleiten.

10) S. außerdem Treckell p. 168. der von dem Versuch, die obsignatio aus der l. Corn. abzuleiten, sagt: **Fateor, me ipsum aliquando in hasce incidisse cogitationes, sed nunc mihi illae, re accuratius pensitata, quam valde displiceant, dici non potest.**

Digitized by Google

testamentum signare et testem agere ut synonyma proferuntur. Praeterea si formam consideremus, quomodo testamenta ex lege Julia vicesimaria aperiri debebant, deprehendimus sine omni distinctione requiri, ut testes, qui testamentum signaverint, convenirent, iique signa sua agnoscerent, quae omnia luculenta satis praebent indicia, eo tempore omnia testamenta fuisse obsignata. (Paull. Rec. sent. V. 6.) [11])

Tandem et illud addendum est, tempore Neronis SC. factum fuisse, quo certa forma praescribebatur, quae in obsignatione omnium tabularum, adeoque etiam testamentorum esset observanda, ita ut aliter tabulae prolatae nihil momenti haberent. (Paull. Rec. sent. V. 25. §. 6. et Sueton. in vita Neron. c. 17.)

Bei dieſem letzten Punkte muß ich noch etwas verweilen, weil neuerdings daraus abgeleitet iſt, es ſei dieſes Senatusconſult die Urſache der Obſignation der Civilteſtamente geweſen [12]). Wie dies aus den von Treckell und außerdem von Mayer angeführten Stellen hervorgehen ſolle, kann ich nicht einſehen. Und im Gegentheil ſagt die citirte Stelle aus des Paul. rec. sent. deutlich genug, daß durch dies SCtum nur genauere Formalitäten der Signation angeordnet wurden [13]). Daher darf man auch nur annehmen, daß die Ungiltigkeit der Urkunde bloß wegen Unterlaſſung dieſer Formalitäten neu vorgeſchrieben iſt, während die Urkunde, bei der die Obſigna-

---

11) Es fragt ſich, ob der Inhalt des oben citirten fr. 3. §. 9. de tab. exh. aus dieſer lex Julia abzuleiten ſei?

12) Mayer Erbrecht I. S. 134. Im Grunde iſt das ſchon die Anſicht von Treckell, welcher ſagt: et hinc quoque sine omni dubio post hoc SC tum testamentum non signatum pro imperfecto fuit habitum. (fr. 6. pr. D. ad leg. Corn. de fals.)

13) Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur, atque impositum (impositae) supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent. — cf. fr. 22. §. 7. qui test. fac. poss.

tion ganz fehlte, auch schon vorher ohne alle Wirkung gewesen war.

Die ganze Ansicht zerschlägt sich wieder durch die ganz einfache Gegenfrage, wie denn vor diesem SC. die schriftlichen Testamente, die doch jedenfalls schon bestanden, hätten constatirt werden können?

Wir sind nunmehr auf dem Punkte angelangt, daß wir die letzten Gründe prüfen können, welche man dagegen anführt, daß das Civilrecht **signa** erfordert habe. Aus dem Bisherigen geht nämlich hervor, daß jedenfalls nach dem zuletzt besprochenen SC. eine Signation der Testamente, und zwar eine besonders förmliche, vorgeschrieben war, deren Nichtbeobachtung Ungültigkeit des Testamentes hervorbrachte. Also Beweisgründe aus der Zeit *nach* dem SC. sind schon von vorn herein gegen die hier vertheidigte Ansicht ohne Gewicht, wonach die Obsignation auch *vor* dem SC., so lange es überhaupt schriftliche Testamente gab, bestanden hat. Und in der That sind die Zeugnisse, wodurch man immer wieder von Neuem die **obsignatio** dem Prätorischen Recht vindiciren will, lediglich aus jener späteren Zeit, so daß sie durch die bloße Erwähnung des SC. ihre Beweiskraft verlieren.

Zuerst soll die **obsignatio** kein Erforderniß des Civilrechts sein, weil Gaius und Ulpian gleichmäßig nichts davon erwähnen [14]). Da wegen des SC. jedenfalls dies Schweigen nichts beweist, so muß es auch möglich sein, für dasselbe andere wahre Gründe aufzufinden; und darauf führen uns die in Note 12 abgedruckten Worte des Paulus. Die **signatio** war von jeher ein Erforderniß aller schriftlichen Rechtsgeschäfte, bei der Zeugen zugezogen werden mußten, gewesen [15]), und in diesem

---

14) Dernburg S. 131. Huschke Richterſche Jahrb. a. a. O. S. 23.

15) Die obige Ausführung, daß von Anfang an sich keine schriftlichen Testamente ohne obsignatio denkbar seien, paßt auch ebensogut auf alle anderen schriftlichen Rechtsgeschäfte, die vor Zeugen zu errichten waren. — (Diesen Erklärungsgrund giebt bereits Mayer a. a. O.

Digitized by Google

weitem Sinn iſt auch das SC. zu verſtehen, welches für die **signatio** noch beſondere Förmlichkeiten anordnete. Wie ſollte alſo Gaius und Ulpian dazu kommen, hier gerade bei den Teſtamenten von der **obsignatio** zu reden?

Ferner führt Dernburg noch zwei beſondere Pandektenſtellen an, aus der die Richtigkeit ſeiner Anſicht hervorgehen ſoll [16]), die aber nach dem Bisherigen wohl keiner weiteren Erörterung bedürfen, da ſchon der Beweis, zu dem ſie dienen ſollen, nur künſtlich aus ihnen abgeleitet werden konnte. —

§. 28. Ich glaube in den beiden vorangehenden §§ die zwei über das civilrechtliche Teſtament aufgeworfenen Fragen feſtgeſtellt zu haben. Es gab einestheils auch mündliche Teſtamente, und die ſchriftlichen, welche bald in den vorherrſchenden Gebrauch kamen, waren von Anfang an der **obsignatio** der bei ihrer Errichtung mitwirkenden Solennitätsperſonen unterworfen. — Ob nun aber die weiteren Regeln, welche in den fr. 22 u. 30. **qui test. fac. poss.** über die **obsignatio** enthalten ſind, von jeher feſtgeſtanden haben, wage ich nicht zu entſcheiden. Auch kommt darauf wenig an, denn wenn man auch die Rechtsanſicht allgemein anerkannte, daß jede **publici privatique contractus scriptura** von den Zeugen zu beſiegeln ſei, ſo konnte dabei doch die Sitte in der Form der Beſiegelung, und der etwaigen Beiſchreibung des Namens vielfach ſich verändern, ohne daß dadurch das Weſen der Sache eine andere Geſtalt angenommen hätte [1]).

Wichtiger iſt die Frage, ob auch alle beim Civilteſtament

---

an.) So kommen in fr. 32. §. 1. de furtis: „testes et (d. h. „und zwar") signatores vor.

16) fr. 23. qui test. fac. poss. — fr. 9. de b. p. s. t.

1) So nehmen in den angeführten Stellen Ulpian und Paulus bereits an, daß Beſiegelung ohne Beiſchreibung des Namens und umgekehrt das Teſtament ungiltig mache. Von jenem SC. dies abzuleiten, ſcheint mir nicht paſſend. Es liegt ſo nahe, daß wo man ſein Siegel abdruckt, man auch ſeinen Namen beiſchreiben werde. Daß die Inſtitutionen (§. 3. de test. ord.) von sacrae constitutiones ſprechen, läßt ſich leicht erklären. S. Dernburg S. 320 ff.

Digitized by Google

zugezogenen Solennitätsperſonen daſſelbe beſiegelt hätten. Es bildet dieſelbe den unmittelbaren Uebergang zur Erörterung des Prätoriſchen Teſtamentsrechtes. Da, wie oben nachgewieſen iſt, beim ſchriftlichen Teſtament der **familiae emtor** nur noch eine Scheinperſon geweſen ſein kann, ſo ſtand nichts entgegen, ihn wenigſtens in Beziehung auf die **obsignatio** mit den **testes** und dem **libripens**, (**qui testium numero est** [2]) gleichzuſtellen. Die Unterſchiede, welche ſich zwiſchen dem **familiae emtor** und den **testes** finden, ſchreiben ſich alle aus der Zeit her, wo die **fam. manc.** noch kein bloßes Scheingeſchäft war. Seitdem ſie dies geworden war, dachten freilich die Römer nicht daran, auch jene Unterſchiede fallen zu laſſen, aber von der anderen Seite wäre es thörigt geweſen, jetzt noch immer dieſe Unterſchiede zu vermehren. — Auch geht es ziemlich deutlich aus Cicero hervor, daß alle dieſe ſieben Perſonen das Teſtament beſiegelten. Er nennt ſie die **obsignatores**, und er will doch offenbar damit alle Perſonen bezeichnen, welche bei der Errichtung des Teſtamentes mitwirken [3]). Mag nun aber die Zahl der Beſiegelnden geweſen ſein, welche ſie wolle, ſo ſteht es durch die Edictsworte feſt, daß der Prätor zu ſeiner **sec. tab. b. p.** gerade ſo viel Siegel erforderte, als nach dem Civilrechte nöthig waren (**non minus multis signis quam e lege oporteat**), und das iſt der eigentlich für uns wichtige Punkt, indem daraus unzweifelhaft hervorgeht, daß der Prätor, weit entfernt eine neue Teſtamentsform einzuführen, eine Klaſſe aufgeſtellt habe, welche mit den civilrechtlichen Grundſätzen der teſtamentariſchen Succeſſion weſentlich übereingeſtimmt haben muß [4]). —

---

2) Gai. II. 107.

3) Hiedurch wiederlegt ſich das Bedenken Huſchke's daß der familiae emtor nicht mit beſiegelt haben könne. Richterſche Jahrb. a. a. O. S. 23. u. das Instr. donat. Flav. Syntr. p. 52.

4) Indem wir ſo ſehen, daß der Prätor bloß die Siegelzahl des Civilrechts anerkannte, gewinnen wir nun auch wieder einen neuen Beweis dafür, daß das Civilrecht 7 Siegel erforderte, denn im Prätoriſchen iſt gerade immer von dieſer Zahl die Rede.

Uebrigens erheben ſich hier noch wieder Zweifel, ob auch wirklich

Digitized by Google

Zu dieſem ſelben Reſultat gelangen wir übrigens auch noch durch andere Beweiſe.

Gaius und Ulpian reden beide nur von einer einzigen Art des zu ihrer Zeit gültigen Teſtamentes, nämlich vom Mancipationsteſtamente:

> **hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Gai. II. 103. — Ulp. XX. 2. hodie solum in usu est, quod per aes et libram fit. —**

Wenn dabei noch Zweifel beſtehen könnten, daß es dennoch ein eigenes Prätoriſches Teſtament gebe [5]), ſo müſſen dieſe völlig durch die Art verſchwinden, wie Gaius und Ulpian nun in der That von dem ſprechen, was man das Prätoriſche Teſtament nennt. **Non tamen**, ſo beginnt Gaius II. 17. dieſen Gegenſtand, **per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jura facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt.** Unter dem Ausdrucke: **non jure factum testamentum** verſteht er das, was man heutzutage das Prätoriſche Teſtament heißt, und ſchon darin liegt, daß hier nicht von einer Urkunde die Rede ſein könne, die der Prätor für ein vollkommen gültiges Teſtament hätte

---

dieſe 7 Siegel die 5 Zeugen, den libripens, und den familiae emtor repräſentiren, indem wir außerdem noch die räthſelhafte Perſon des antestatus finden, ſo daß man entweder acht Siegel annehmen müßte, (und davon iſt doch nirgends die Rede) oder den familiae emtor als nicht ſiegelnd zu denken hätte; was doch wieder ſchon nach dem oben (zu Note 2.) Geſagten nicht wahrſcheinlich iſt.

Meine Anſicht über den antestatus hier auseinander zu ſetzen, würde mich zu weit führen, wodurch denn aber freilich dieſe Schwierigkeiten vielleicht gelöſt werden könnten.

5) Man hat gewöhnlich jene Stellen für nicht widerſprechend angeſehen, indem, ſagte man, in ihnen bloß vom Civilrecht die Rede hätte ſein ſollen. — Aber konnten jene Juriſten ſo undeutlich ſein wollen, eine neue Teſtamentsform, weil ſie vom Prätor ausgegangen war, nicht zu erwähnen? Sie wollten doch ihr damaliges Recht, und nicht bloß ihr Civilrecht darſtellen. — Fabricius macht ſchon die Bemerkung, daß in den Pandekten nirgends der Ausdrnck praetorium testamentum, oder praetorio jure testari vorkomme (S. 121.).

gelten lassen. Jedenfalls aber geht dies daraus hervor, daß er das **non jure factum testamentum** auf ganz gleiche Stufe mit zwei anderen vitiösen Testamenten stellt, bei denen Niemand an eine eigene neue Testamentsart denkt. Der Schutz, den der Prätor allen dreien zu Theil werden läßt, ist ganz von derselben Art, und der Character einer Ausnahme von der Regel des Civilrechts, welche der Prätor nichts destoweniger dabei anerkennt, ist gar nicht zu verkennen. Denn wenn er den Satz aufstellt, daß jene vitiösen Testamente „**non per omnia inutilia**" seien, also in gewissen Fällen Wirkung haben sollten, so folgt doch daraus, daß er, abgesehen von diesen Fällen, sie noch immer für ungiltige Testamente anerkennt, daß daher noch zu Gaius Zeit, also schon nach der Perpetuation des Edictes durch Hadrian, Niemand daran dachte hierin eine neue Testamentsform zu finden.

Ueberhaupt muß man, wenn man in der Römischen Rechtsgeschichte auf sicherem Wege wandeln will, folgenden Satz nie aus den Augen verlieren: Wenn auch in einzelnen Fällen der Prätor dem Civilrecht entgegentreten darf, so bleibt es doch immer die Regel, daß er ganz dem **jus civile** gemäß seine Jurisdiction einzurichten hat. Dies Letztere müssen wir stets präsumiren, jenes Erstere dürfen wir nur in Folge eines entscheidenden Beweises annehmen. Es muß also wenigstens anfangs der Prätor die Regeln des Civilrechts, wonach in gewissen Fällen eine völlige Ungültigkeit des Testamentes angenommen wurde, durchaus haben gelten lassen; von diesem Anfange sprechen wir gerade hier, und so ist denn (abgesehen von den einzelnen später zu erwähnenden Ausnahmen, welche auch nie die Regel selbst vernichtet haben) als das Grundprincip aufzustellen:

> daß der Prätor in der **b. p. sec tab.** eine nicht dem Civilrecht entgegenstrebende, sondern rein auf die civilrechtlichen Grundsätze über Gültigkeit der Testamente gebaute testamentarische Succession aufgestellt habe [6]).

6) M. a. W. die sec. tab. b. p. ist eine confirmandi jur. civ.

Digitized by Google

In diesem Principe liegt offenbar Folgendes:

a) Der Prätor konnte unmöglich im Sinne haben, nur dem scriptus heres die b. p. sec. tab. zu verleihen, welcher bewiese, daß das Testament ein nach allen Seiten hin vollkommen gültiges sei. Einestheils würde Niemand sich die Unbequemlichkeit haben auflegen wollen, diesem Verlangen nachzukommen. Anderntheils aber würde ein solches langwieriges Beweisverfahren schlecht zu dem ganzen Plane gepaßt haben, welchen wir oben als den Einführungsgrund der b. p. darstellten. Also: der Prätor mußte bei der Ertheilung der b. p. sec. tab. nur auf einige Haupterfordernisse des Mancipationstestamentes sehen. Wenn diese nun vorhanden waren, so mußte er präsumiren, es sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, und diese Präsumtion, in Folge deren also der scriptus sogleich in den Besitz des Vermögens kam, mußte in den meisten Fällen sich als richtig bewähren, da fehlerhafte Testamente doch immer nur zu den Ausnahmen gehören.

b) Indem aber die ganze Ertheilung der b. p. sec. tab. auf einer Wahrscheinlichkeitsrechnung ruhte, so mußte auch, wenn diese letztere nicht glückte, also wenn nach der Ertheilung der b. p. ein Fehler des Testamentes zum Vorschein kam, die b. p. von selbst zusammenfallen. Denn der Prätor hatte sie nur dem in einem völlig gültigen Mancipationstestamente Instituirten ertheilen wollen, wovon er sich nur wegen der unter a) angegebenen Gründe nicht gleich bei der Ertheilung der b. p. Gewißheit verschaffen konnte. Er überließ es also, was offenbar das Einfachste war, der Zeit, ob sie die Richtigkeit seines Wahrscheinlichkeitsbeweises bestätigen oder die Unrichtigkeit desselben an den Tag bringen werde.

In diesen zwei Sätzen ruht der Kern der ganzen sec. tab. b. p., wie ich in meiner historia b. p. sec. tab. [7]) weiter ausgeführt habe. Wenn es auch nicht meine Absicht

---

gratia proponirte Klasse; wie dies ausdrücklich im §. 1. J. de b. p. gesagt wird.

7) p. 9 – 24.

sein kann, die ganze dort gegebene Argumentation hier zu wiederholen, so müssen doch um des Zusammenhanges willen die wesentlichsten Punkte hervorgehoben werden.

ad a. Der Prätor erforderte anfangs nur (wie wir aus den Ciceronischen Edictsworten sehen) die Vorzeigung einer Urkunde (**tabulae**), welche mit den vom Civilrecht geforderten **signa** versehen war. Also er ließ sich nur die äußere Gestalt des Mancipationstestamentes darthun; und präsumirte daraus auf dessen innere Gültigkeit.

Ich glaube in der angeführten Abhandlung nachgewiesen zu haben, daß indeß dieser Beweis der bloß äußeren Erfordernisse mit der Zeit nicht mehr genügte, sondern daß zwischen Cicero und Gaius noch ein zweiter Beweis hinzukam, der ebenfalls noch vor Ertheilung der **b. p.** zu leisten war. Es mußte nämlich noch dargethan werden, daß der Testator als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben war [8]).

Dieser Zusatz ist folgendermaßen zu erklären: Sobald eine Urkunde die äußere Gestalt eines Testamentes hat, so kann man daraus an und für sich noch nicht mit Sicherheit präsumiren, daß es auch an keinem inneren Mangel leiden werde. Aber hier muß nicht auf einen einzelnen Fall, sondern auf das ganze Rechtsleben eines Volkes Rücksicht genommen werden; und dabei stellt sich folgendes Resultat heraus. Wenn man alle Testamente, (d. h. alle Urkunden, die äußerlich die Gestalt von Testamenten hatten) [9]), soviel ihrer in einem bestimmten Zeitraum in Rom errichtet wurden, zusammennahm, so konnte man sicher sein, daß die Mehrzahl davon völlig gültig war. Der Prätor nahm gerade auf die Gesammtheit aller Testamente Rücksicht, und versprach daraus die **b. p.** zu ertheilen, sobald sie nur die äußere Gestalt eines gültigen Testamentes hätten.

---

8) Gai. II. 147. Ulp. XXIII. 6. fr. 2. §. 3. unde legit. — cf. Meine Historia b. p. s. t. p. 12 – 15.

9) fr. 2. §. 1. test. quemadm. aper. — Testamentum proprie illud dicitur, quod jure perfectum est. Sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae vel falsa sunt, vel injusta, vel irrita, vel rupta. Itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

Digitized by Google

In den meisten Fällen also muß seine Vermuthung eingetroffen sein, mithin derjenige den Besitz erhalten haben, den gerade der Prätor allein berufen wollte, nämlich der Civil-Testamentserbe. Und dies war dann doch auf eine äußerst bequeme und einfache Weise durch einen leicht zu erbringenden Beweis erreicht worden.

Aber es müssen, wenn auch im Verhältniß zum Ganzen in der Minderzahl, dennoch nicht selten die Fälle vorgekommen sein, wo nach Ertheilung der b. p. ein Fehler des Testamentes zu Tage kam. Jedenfalls mußte die b. p. dadurch wirkungslos werden, aber es lag doch auch im Interesse des Prätors, namentlich in der Zeit zwischen Cicero und Gaius, wo die b. p. ein ausgebildetes System geworden war, — die Fälle zu vermindern, in denen die einmal ertheilte b. p. wieder wegfiel; m. a. W. sich *vor* Ertheilung der b. p. das *Nichtvorhandensein* eines Infirmationsgrundes beweisen zu lassen. Freilich konnte der Prätor, wie schon oben bemerkt ist, nie daran denken, auf diese Weise alle Infirmationsgründe zu entfernen. Die Schwierigkeit des Beweises würde die ganze Tendenz der b. p. vernichtet haben.

Dagegen konnte der Prätor leicht noch einzelne Punkte auswählen, bei denen die Negative sich unschwer durch das umgekehrte Positive beweisen ließ. Das ist gerade der Fall bei jenem Beweise, den der Prätor in der Folgezeit noch forderte (s. Note 8.), daß nämlich der **testator** als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei. Dadurch waren die Hauptfälle des später eingetretenen Mangels der **testamentifactio** ausgeschlossen. — Weßhalb nun gerade der Prätor diesen Fall ausgewählt habe, ließe sich etwa dadurch erklären, daß dieser am meisten vorgekommen sein werde, daß er also damit die meisten Fälle, in denen bisher die b. p. wieder ungültig geworden war, aufheben wollte. Und in der That läßt sich dies auch sehr wohl denken. Bei der Errichtung eines Testamentes lag es ganz in der Macht des Testators die vorgeschriebenen Formen gehörig zu beobachten, seine Notherben gehörig zu berücksichtigen; dagegen wird also auch selten der gefehlt haben, dem es daran lag, ein gültiges Testament zu errichten. Indessen mogte es öfters vorkommen, daß aus einem

Digitized by Google

Teſtamente, welches Jemand vor dem Verluſt der Civität oder vor ſeiner Arrogation gemacht hatte, noch eine **b. p. sec. tab.** nachgeſucht wurde, während doch durch jene **cap. dim.** das Teſtament ganz vernichtet worden war. Dem wollte alſo jetzt der Prätor vorbauen. Er ließ ſich darthun, daß der Teſtator, von dem ein Teſtament vorgebracht wurde, die Hauptbedingungen der **testamentifactio** wenigſtens bei ſeinem Tode gehabt habe, indem ſich nun auch leicht vermuthen ließ, daß überhaupt keine Unterbrechung derſelben ſeit der Teſtamentserrichtung ſtatt gefunden habe.

Wenn ſich auf dieſe Weiſe der Prätoriſche Zuſatz ſehr einfach aus der Häufigkeit der vorkommenden Fälle erklärt, ſo läßt ſich für denſelben noch ein anderer tieferer Erklärungsgrund auffinden, den ich in meiner angeführten **Historia b. p. s. t.** entwickelt habe [10]). Durch Rückſichtnahme auf die übrigen Infirmationsgründe der Teſtamente und durch Beachtung der Umſtände, unter denen in dieſen Zeiten die **b. p. sec. tab.** ertheilt wurde, läßt ſich nämlich zeigen, daß gerade dies der einzige Punkt iſt, bei dem der Prätor keinen Anhalt dafür hatte, ob das Teſtament gültig ſei oder nicht. Indem er jetzt noch dieſen Beweis forderte, ſo war eine völlig begründete Wahrſcheinlichkeit vorhanden, daß das Teſtament, dem zu Gunſten die **b. p.** ertheilt wurde, ein durchaus gültiges Civilteſtament ſei, daß alſo nur ganz ausnahmsweiſe die agnoscirte **b. p.** wegen des Bekanntwerdens eines Infirmationsgrundes, wieder hinwegfallen mußte.

§. 29. **ad. b.** — Wenn wir aus dem Bisherigen ſehen, wie der Prätor, ganz und gar die Grundſätze des Mancipationsteſtamentes anerkennend, nur einen leicht zu erbringenden Beweis erforderte, wodurch es in den meiſten Fällen erreicht wurde, daß der wahre **scriptus heres** die **b. p.** erhielt, — ſo liegt darin auch nothwendig, daß dieſer **b. p.** ihre weſentlichſte Vorausſetzung entzogen wurde, ſobald es ſich herausſtellte, daß das Teſtament ungiltig ſei.

---

10) p. 19 — 21.

Digitized by Google

Es folgt dieſes Zweite ganz von ſelbſt aus dem Erſten, und deßhalb iſt es ſo auffallend, daß die Schriftſteller, welche den erſten Satz vollkommen richtig anerkannt hatten [1]), doch die Folgerung daraus zu ziehen unterlaſſen haben.

Es ſtimmt dieſelbe auch ganz mit dem obigen Principe überein, daß man nämlich, wo man nicht Ausnahmen nachweiſen kann, zu präſumiren habe, der Prätor befolge ſtets die Regeln des **jus civile**. So mußte er denn auch hier, weil er gar nicht ein neues Teſtament einführen wollte, die **sec. tab. b. p.** ganz nach der teſtamentariſchen Erbfolge des Civilrechts einrichten. Es mußte ganz daſſelbe Verhältniß ſein, als wenn heutzutage, wie ſo vielfach im Proceß geſchieht, dem Richter bloß etwas beſcheinigt, ſtatt völlig bewieſen zu werden braucht. Die Beſcheinigung ſchließt es nicht aus, daß in Wahrheit das Gegentheil vorhanden ſei [2]). Liegt nun bereits dies Gegentheil klar vor Augen, ſo nimmt der Richter gar nicht das vor, was ſonſt durch jene Beſcheinigung erlangt werden könnte. Oder wenn ſich erſt ſpäter ihre Unrichtigkeit herausſtellt, ſo fällt dann auch von ſelbſt die Verfügung hinweg, welche der Richter bereits ertheilt hatte. So auch hier.

Der Prätor läßt ſich, durch den Beweis einzelner Punkte, beſcheinigen, daß das Ganze ein gültiges Mancipationsteſtament ſei, aber wenn ein vernichtender Fehler zu Tage kam, ſo wurde dann entweder gar keine **b. p.** ertheilt, oder die bereits ertheilte fiel ganz von ſelbſt wieder hinweg, und es wurde, weil nun kein Teſtament vorhanden war, die Inteſtaterbfolge eröffnet.

Man möchte hier einwenden, daß doch die **b. p. sec. tab.** ebenſo wie noch viele andere Klaſſen, ohne eine **causae**

---

1) S. Treckell l. c. p. 158 ff. Dernburg S. 213 ff. Fabricius S. 121 ff., welcher auch bezeugt, daß Savigny ſchon 1819 in ſeinen Vorträgen weſentlich daſſelbe angenommen habe, wonach alſo das in der Zeitſchr. f. geſch. R. W. I. 78. Geſagte zu beurtheilen iſt.

2) Z. B. die Beſcheinigung über die Nothwendigkeit einer **probatio in perpetuam rei memoriam.**

cognitio ertheilt würden; während hier dergleichen vorausgesetzt werde, indem der Prätor keineswegs bloß auf die im Edicte geforderten Requisite, sondern auch auf die von anderen Seite ihm bekannt gewordenen Mängel des Testamentes Rücksicht genommen, und in Folge deren die b. p. verweigert habe. Im Allgemeinen kann und will ich freilich diese Ertheilung der b. p. ohne causae cognitio nicht läugnen, aber ich glaube allerdings dies sei nur so zu verstehen, daß der Prätor, wenn ihm ein Testament mit 7 Siegeln vorgewiesen wurde, nicht selbst nach allen weiteren Erfordernissen desselben forschte, wohl aber daß er, wenn ihm auf irgend eine Weise ein Mangel aufstieß, über die Unzulässigkeit der Ertheilung sogleich entschied [3]). Wir werden hievon im Verlauf der Darstellung auch bei anderen Klassen Beispiele finden, hier haben wir nur auf die sec. tab. Rücksicht zu nehmen.

Wenn eine b. p. aus einem Testamente ertheilt worden war, und es wurde dann ein späteres Testament vorgebracht, so fiel, weil jenes Erstere rumpirt war, die b. p. ganz unzweifelhaft hinweg [4]). Wir haben also hier schon einen Fall, wo der Prätor ein Requisit anerkennt, welches ihm doch nicht gleich beim Nachsuchen der Partei bewiesen zu werden brauchte. Es sollten supremae tabulae sein, aber das heißt nur soviel, daß wenn nach Ertheilung der b. p. erhellt, daß es nicht supremae seien, dann die b. p. als gar nicht ertheilt angesehen wird.

Dieser Begriff der durchaus vernichteten b. p. muß im Römischen Rechte sehr häufig vorgekommen sein, und kann

---

3) Daß der Prätor bei Ertheilung der b. p. keineswegs sich bloß an bestimmte genau vorgeschriebene Beweispunkte hielt, sondern, um überhaupt die Erbschaftsangelegenheiten so gut wie möglich zu reguliren, auch auf Alles, was ihm sonst bekannt war, Rücksicht nahm, dafür mag hier beispielweise das fr. 7. pr. de b. p. angeführt werden. Servus ad b. p. admitti potest, si Praetor de conditione ejus certus sit. Nam et absenti .... b. p. dari potest, si hoc ipsum Praetor non ignoret.

4) fr. 1. §. 1. de b. p. s. t. — Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte edicti, sed supremas, hoc est eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint.

Digitized by Google

nicht genug von der b. p. sine re unterschieden werden, welche später erklärt werden wird [5]). Die Römer drücken das hier besprochene Verhältniß mit den Worten aus: **data non intelligitur, ad irritum recidit, sine effectu est** [6]), indessen finden sich diese Ausdrücke in den Pandekten nur sehr selten, weil die Römischen Juristen gewöhnt waren, alle diese Fälle gleich so zu bezeichnen, als könne in denselben gar keine b. p. nachgesucht werden. Sie sagten: **b. p. peti non potest,** oder: **non admittenda est**; und diese Ausdrücke finden sich in den Pandekten unendlich oft. Es ist von großer Wichtigkeit, festzustellen, daß sie mit jenen ersteren selten gebrauchten durchaus dieselbe Bedeutung verbinden.

Man könnte nämlich glauben, daß wenn die Römischen Juristen von einem gewissen Falle sagen: **b. p. peti non potest**, hier gerade bei der Nachsuchung der b. p. das Nichtvorhandensein dieses Falles dargethan werden mußte, so daß also dieser Beweis die Bedingung der Ertheilung der b. p. gewesen wäre. Daß dem aber nicht so sei, kann gleich aus den vielen Stellen des Titels **de sec. tab. b. p.** bewiesen werden, in denen dieser Ausdruck vorkommt. Es ist oben gezeigt, daß die Bedingungen der **b. p. sec. tab.** bloß der Beweis der 7 Siegel, der Civität und der Selbständigkeit des Testators zur Zeit seines Todes waren [7]). Also wer diesen Beweis lieferte, erhielt die b. p.; er brauchte z. B. nicht zu beweisen, daß der Testator auch zur Zeit der Testamentserrichtung in je-

---

5) Schon v. Löhr hebt diesen Punkt, der für das Verständniß der b. p. von so bedeutender Wichtigkeit ist, gebührend hervor. S. dessen Magazin f. R. W. u. Gesetzgebung III. S. 284 ff.

6) Vgl. fr. 16. §. 1. de inoff. test. fr. 19. de b. p. c. t. fr. 42. §. 2. de bon. libert.

7) S. § 28. Note 6. — In den dort citirten Stellen kommt auch die Redensart non potest peti vor, und ist in dem ganz strengen Sinne der Worte zu nehmen. Aber ebensowenig wie dies nicht geläugnet werden kann, läßt sich auch der minder strenge Gebrauch derselben wegräumen, wenn man nicht in unauflösliche Widersprüche gerathen will. Wir müssen daher sagen, daß aus den Worten non potest peti an und für sich noch nichts, weder für die strengere noch die laxere Wortbedeutung entnommen werden kann.

Digitized by Google

der Hinsicht die testamentifactio gehabt hatte. Dennoch sagt fr. 1. §. 8. de b. p. sec. tab.:

> Exigit Praetor, ut is, cujus b. p. datur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum facit testamentum, et quum moritur. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti b. p. non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur, non potest b. p. sec. tab. peti.

Also während Gaius II. 147. und Ulpian XXIII. 6. klar sagen, es müsse nur bewiesen werden, daß mortis tempore der Testator sui juris gewesen, wird hier vorausgesetzt, daß auch zur Zeit der Testamentserrichtung vollständige testamentifactio vorhanden gewesen sei. Dies führt uns nothwendig darauf, daß hier nicht von solchen Requisiten die Rede sei, welche gleich bei deren Agnoscirung hätten bewiesen werden müssen. Es waren freilich auch Requisite der sec. tab. b. p. die aber unter anderen Beweisregeln standen. Das onus probandi lag hier denen ob, welche ein Interesse hatten, daß keine b. p. aus dem Testamente gegeben werde. Der welcher sie erbat, hatte seiner Pflicht genügt, wenn er die drei status libertatis, civitatis und familiae, so wie die äußere Testamentsform erwiesen hatte. Daraus wurde präsumirt, der Testator habe auch bei der Testamentserrichtung die testamentifactio gehabt, was um so zulässiger war, da die vielen beim Testamente zuzuziehenden Personen sogleich bei der Errichtung die Fähigkeit des Testators ins Auge gefaßt haben werden [8]). Es läßt sich nicht denken, daß die 5 Zeugen, der libripens, und der familiae emtor eingewilligt hätten dies Testamentsgeschäft vorzunehmen, wenn sie wußten, daß der Testator mutus, surdus, furiosus, impubes oder

---

8) S. meine historia etc. p. 20. unten.

d by Google

filiusfamilias sei; weil sie ja vorhersahen, daß das Geschäft durchaus ungültig sei. Der Fälle also, wo trotz des Mangels der testamentifactio ein Testament errichtet worden war, können überhaupt nur sehr wenige vorgekommen sein, und so wäre es um solcher Ausnahmsfälle thörigt vom Prätor gewesen, noch einen besonderen Beweis vom Agnoscirenden zu verlangen. Er überließ es denen, welche derartige Ungültigkeitsgründe kannten, sie ihm anzuzeigen, und er konnte wegen des Interesses so vieler Personen, denen ein sec. tab. bon. possessor im Wege steht, sicher sein, daß wo ein Vernichtungsgrund des Testamentes vorhanden war, dieser ihm auch nicht werde verheimlicht werden. So müssen wir also zwei Klassen von Beweisen unterscheiden, welche sich auf die b. p. sec. tab. beziehen. Wir können die Einen die bedingenden, die Anderen die vernichtenden nennen. Jene liegen dem Agnoscirenden ob, diese dagegen denen, welche ein Interesse haben, die sec. tab. b. p. hinwegzuräumen. Jene bestehen bloß in den drei Punkten: 1) tabulas septem signis signatas esse, testatorem mortis tempore 2) civem Romanum et 3) suae potestatis fuisse. Diese dagegen können sehr verschieden sein, und es werden uns davon mehrere in unseren Quellen mit dem Ausdrucke b. p. peti non potest angegeben, ohne daß dabei eine gänzliche Vollständigkeit bezweckt wäre. Folgende Fälle, die hieher gerechnet werden könnten, finden sich abgesehen von dem fr. 1. §. 8. cit. in dem Titel de sec. tab. b. p., aus denen allen sogleich hervorleuchtet, daß es die Regeln des Civilrechts über testamentarische Erbfolge sind:

1) Wenn es nicht supremae tabulae sind. fr. 1. §. 1.

2) Wenn die vorgebrachte Urkunde nur das exemplum eines Testamentes ist. fr. 1. §. 7.

3) Wenn der Testator selbst das Band des Testamentes zerschnitten hat. fr. 1. §. 10. — [9]).

9) Hier entstehen Zweifel, ob nicht, wenn ein solches Testament mit zerschnittenen Bändern vorgebracht wurde, gleich bewiesen werden mußte, daß der Testator es nicht gethan habe. Im citirten fr.

Digitized by Google

4) Wenn der Name des heres ins Teſtament eingefälſcht iſt, ebenſogut wie wenn der Teſtator Jemanden geſchrieben hat, den er nicht zum heres haben wollte. fr. 2. §. 7. fr. 6. in f. (vgl. fr. 9. pr. de her. inst.) —

5) Wenn der Name des Erben mit Willen des Erblaſſers ausgeſtrichen iſt, ſo kann in Folge deſſen keine b. p. ertheilt werden, ebenſogut wie eine hereditatis aditio dadurch unmöglich gemacht wird. Auch hier erhebt ſich daſſelbe Bedenken, wie bei № 3. Es iſt doch nichts anders denkbar, als daß der Prätor in dem ihm vorgebrachten Teſtamente erſt nachſah, ob ſich darin auch der Name des Vorbringenden finde [10]). Und ebenſogut wie er gewiß nie die b. p. ertheilte, wenn er

---

heißt es nämlich non videntur signatae, et ideo b. p. peti non potest. Ulpian ſtellt dies alſo unter den allgemeinen Begriff des Signirtſeins, und das war ein bedingender Beweis. Wenn dies richtig iſt, ſo wird dadurch das Obige ſehr beſtärkt, wonach das Erforderniß der 7 Siegel überhaupt die äußere Geſtalt des Mancipationsteſtamentes bedeute.

Daß hier in der That von einem bedingenden Beweiſe die Rede iſt, ſcheint auch aus dem folgenden § hervorzugehen, wo noch von ähnlichen äußeren Mängeln die Rede iſt, und Ulpian einen Beweis des Vorbringenden vorausſetzt (maxime si proponas, vel unum linum tenere). — Daraus geht auch hervor, daß in ſolchen Fällen der Vorzeigung gleich eine causae cognitio erfolgen mußte.

10) Ich glaube nicht, daß dem das fr. 1. §. 2. de b. p. sec. tab. „nec enim opus est, aperire eas, ut b. p. sec. agnoscatur" — entgegenſtehe. Es wird davon gehandelt, ob, wenn die tabulae vorhanden, aber nicht gleich zu bekommen ſind, eine b. p. agnoscirt werden könne. Es wird dies bejaht, alſo die Vorſchrift des proferre wird nur ſo verſtanden, daß der Beweis des exstare zu liefern ſei. Dies wird damit begründet, daß doch das „aperire" kein nothwendiges Erforderniß ſei. Aber darin liegt nicht, daß wenn die tabulae wirklich vorgebracht wurden, man ſie nicht auch eröffnete. Gewiß mußte doch der, welcher kein Teſtament vorbrachte, ſondern nur das exstare darthat, auch beweiſen, daß er darin eingeſetzt ſei, ſonſt hätten ja Hunderte und Tauſende die b. p. agnosciren können. An die Stelle dieſes Beweiſes trat im gewöhnlichen Falle, wenn nämlich die tabulae vorgebracht wurden, die Eröffnung und das Leſen von Seiten des Prätors.

Digitized by Google

gar keinen Namen im Teſtamente fand (fr. 11. de inj. rupt. test.), ſo kann er dies ebenſowenig gethan haben, wo der Name des scriptus durchgeſtrichen war, oder, um es allgemein zu ſagen, wo der Teſtator etwas von den Erforderniſſen verſäumt hat, die das Civilrecht über den Ausdruck der Erbeseinſetzung aufſtellt. Es ſcheint mir kein Zweifel möglich, daß wirklich dies ein Gegenſtand der Unterſuchung vor Ertheitheilung der b. p. geweſen ſei, wegen des fr. 12. de b. p. s. t., wo Paulus ſagt:

> **Ut scriptus heres agnoscere possit bon. poss., exigendum puto, ut et demonstratus sit propria demonstratione [11]), et portio adscripta ei inveniri possit, licet sine parte institutus sit. . . . . Quodsi ita heres scriptus sit, ut interim excludatur testamento, eo quod non invenitur portio ex qua institutus est, nec bonorum possessionem petere potest.**

Hier wird ganz daſſelbe zuerſt poſitiv, dann negativ ausgedrückt [12]) und gerade jene poſitive Ausdrucksweiſe ut agnoscere possit, exigendum puto) zeigt, daß hier von wahren Bedingungen der b. p. die Rede iſt. Und überdem iſt es auch ſchon von vorn herein nicht anders denkbar, als daß der Prätor das vorgebrachte Teſtament ſogleich geleſen haben muß, alſo auch gleich auf die Punkte Rückſicht nahm, welche ihm ſchon beim erſten Durchleſen das Geſuch des Producenten als unzuläſſig erſcheinen ließen.

§. 30. Aus dem vorigen § können wir folgenden Schluß ziehen:

1) Der Prätor forderte im Allgemeinen als bedingende Beweiſe nur jene drei Punkte, die signatio, die Civität und Selbſtändigkeit des Sterbenden.

2) Er unterſuchte aber in gewiſſer Weiſe gleich den In-

---

11) D. h. daß man wirklich erkennen kann, wen der Teſtator gemeint hat. Denn im Uebrigen ſchadet eine falſche demonstratio ebenſowenig wie im Civilrecht. fr. 8. §. 2. h. t.

12) Ebenſo wie bei Gai. II. 147.

Digitized by Google

halt des Teſtamentes, um zu ſehen, ob ſich nach den civilrechtlichen Regeln eine Inſtitution des Producenten darin finde. Einen bedingenden Beweis kann man dies nicht nennen, da der Producent ſelbſt dabei gar keine Thätigkeit äußert, aber dennoch iſt dieſe Unterſuchung wahre Bedingung der Ertheilung der b. p.

3) Wenn es ſich dabei ergab, daß allerdings die äußeren Erforderniſſe des Teſtaments ſo wie die gehörige Ausdrucksweiſe vorhanden geweſen waren, aber zugleich die Spuren ſpäterer Vernichtung an ſich trugen, alſo wenn z. B. die lina zerſchnitten, der Name des heres ausgeſtrichen war, ſo ſprach dies zu ſehr gegen die civilrechtliche Gültigkeit des Teſtamentes, auf die doch der Prätor allein ſah, als daß er nicht, noch vor Ertheilung der b. p., den Beweis hätte fordern müſſen, es ſeien dieſe Beſchädigungen **contra voluntatem testatoris** geſchehen. — Alſo auch dies kann man nicht unter die bedingenden Beweiſe ſtellen, da ſie nicht von vorn herein gefordert werden, und ſehr viele b. possessiones sec. tab. ganz ohne dieſelben vorkommen mußten. Sie werden erſt dadurch veranlaßt, daß das vorgebrachte Teſtament ſelbſt Anlaß zu Zweifeln über ſeine Aechtheit darbietet, ſie ſind aber alsdann ebenſo wie die vorigen beiden Punkte wahre Bedingung für die Ertheilung der **bonor. poss.**

4) Alle anderen Infirmationsgründe des Teſtamentes dagegen, alſo namentlich die vielen Fälle der mangelnden **testamentifactio** und die im vorigen § unter № 1. 2 u. 4 bemerkten, gehören in das Gebiet der vernichtenden Beweiſe. Ihre Hinwegräumung iſt nicht wahre Bedingung für die Ertheilung der b. p., ſondern da ſie vom Producenten nicht verlangt wird, ſo kann wirklich aus einem in dieſer Weiſe ungiltigen Teſtamente der Prätor ſeine Hülfe ertheilt haben. Es ſtehen dieſe Fälle ganz dem des untergeſchobenen Teſtamentes gleich, aus welchem eine b. p. erbeten worden war. Hier wird ein Anderer vorausgeſetzt, welcher dem b. possessor entgegen, die Ungiltigkeit darthut [1]).

---

1) fr. 14. de b. p.

Digitized by Google

Es ist wichtig, diesen Punkt noch genauer festzustellen, namentlich um dann später zeigen zu können, wie unendlich verschieden davon die Fälle sind, in denen eine b. p. zur sine re wird. Das darf hier gleich bemerkt werden, weil es unzweifelhaft ist, daß die b. p. nur durch Anstellung der her. pet. von Seiten eines besser Berechtigten sine re wird, also es ist dabei immer ein wahrer Erbschaftsstreit vorausgesetzt, der in gehöriger Weise mit Theilung des Verfahrens in jure und in judicio verhandelt wird. Es ist unmöglich, daß wir auch jenen vernichtenden Beweisen diese engen Gränzen eines Erbschaftsprocesses anweisen dürften. Darin würde liegen, daß deren Geltendmachung nur dem zustehe, welcher die her. pet. gegen den bon. possessor anzustellen berechtigt ist.

Allerdings wird in den meisten Fällen gegen den sec. tab. b. possessor gerade der auftreten, welchem durch Hinwegräumung desselben die Erbschaft zufällt. So stellt z. B. nach dem citirten fr. 14. der nächste propinquus die falsi accusatio an, um dann die b. p. unde cognati agnosciren zu können. Aber jedenfalls sieht man aus dieser Stelle, daß wenn in diesem Falle aus dem untergeschobenen Testamente eine b. p. agnoscirt war, diese durch den Beweis des Gegners, daß es ein falsches Testament sei, nicht sine re, sondern als völlig non data angesehen wurde. Denn sine re kann eine voranstehende b. p. durch eine nachfolgende prätorische Erbklasse nie werden; auch kann wenn eine b. p., mag sie zur sine re geworden sein, einmal agnoscirt ist, keine folgende b. p. mehr ertheilt werden, und überhaupt ist es die allgemeine Regel, daß eine jede gültig ertheilte b. p. alle weitere Delation der b. p. aufhebt [2]). Wenn nun im fr. 14. allgemein gesagt wird, daß nach dem Gelingen der falsi accusatio die b. p. unde cognati agnoscirt, ja sogar, wenn während des Processes die Frist abgelaufen war, als erbeten fingirt werden dürfe, so liegt doch darin offenbar, daß eine auf

2) Dieser Satz wird im Verlauf der Darstellung genugsam bewiesen werden können. S. einstweilen fr. 42. §. 2. de bon. libertor.

den Grund des **falsum testamentum** ertheilte **b. p.** völlig vernichtet sein, daß sie, weil ihr eine andere **b. p.** folgte, als gar nicht ertheilt angesehen werden mußte.

Aber zugleich kann auch nicht bezweifelt werden, daß die **falsi accusatio** nicht bloß von dem angestellt werden durfte, welcher gegen den **sec. tab. b. possessor** die **her. pet.** geltend machen, oder nach ihm die nächste **b. p.** agnosciren durfte. Wenn also auch irgend ein Anderer mit jener **accusatio** durchgedrungen war, so muß doch für die **sec. tab. b. p.** ganz dasselbe Resultat, nämlich völlige Vernichtung daraus hervorgegangen sein, und endlich, wenn schon, ehe die **b. p.** ertheilt worden, die Verfälschung sich dargestellt hatte, so ist nicht daran zu denken, daß noch eine **sec. tab. b. p.** ertheilt worden wäre, auch wenn an und für sich jenen Bedingungen, unter denen der Prätor sonst die **b. p.** gab, genügt werden konnte.

Was hier von dem **falsum testamentum** gesagt ist, wird ebensowenig auch für die im vorigen § angeführten Fälle bezweifelt werden können, wenn nämlich bloß der Name des **heres** in dem sonst ächten Testament durch Irrthum oder Betrug verfälscht war, wenn die vorgebrachte Urkunde nur ein **exemplum** oder ein früheres Testament war, oder endlich wenn die **testamentifactio** dem Testator gefehlt hatte. Von allen diesen Fällen heißt es „**b. p. peti non potest**", und wenn auch von der einen Seite dies hier nicht so streng gemeint ist, wie bei den bedingenden Beweisen, so kann doch auch unmöglich weniger darin liegen, als was eben vom **falsum testamentum** gesagt wurde. Wir müssen bei allen gleichmäßig die Wirkung annehmen, daß sobald ein solcher Infirmationsgrund bekannt wurde, die schon ertheilte **b. p.** als **non data** erschien, die zu ertheilende nicht mehr nachgesucht werden konnte (**peti non poterat**). Wir müssen ebenfalls annehmen, daß die Vorbringung dieser Infirmationsgründe keineswegs nothwendig an einen bestimmten Erbschaftsproceß geknüpft war, sondern daß hier bloß von einer dem Prätor zu gebenden Ueberzeugung die Rede ist. Die ganze Ertheilung der **b. p.** ist ja rein eine aus dem

imperium des Prätors fließende Befugniß [3]). Der Prätor verspricht nur aus einem Mancipationstestamente die b. p. zu ertheilen, er läßt sich dazu jedoch nur einzelne Erfordernisse dieser Testamente beweisen. Nothwendig müssen denn doch auch die vernichtenden Beweise ihm selbst erbracht werden können, so daß er nun seine frühere auf eine Wahrscheinlichkeitsrechnung gestützte Verfügung selbst wieder vernichtet, oder überhaupt wegen des schon vorliegenden Gegenbeweises gar nicht eintreten läßt [4]). Wir müssen also den Schluß ziehen, daß, ganz abgesehen von einem processualischen Verfahren, ein jeder Umstand, durch den der Prätor die feste Ueberzeugung von der Ungiltigkeit des Testamentes gewann, ein Aufhebungsgrund für die sec. tab. b. p. wurde.

Völlig bestätigt wird dies durch folgende Stelle: **fr. 19. qui test. fac. poss. — Si filiusfamilias, aut pupillus, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit [5]), secundum eas b. p. dari non potest, licet filiusfamilias sui juris, aut pupillus pubes, aut servus liber factus decesserit, quia nullae sunt tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamentifaciendi facultatem non habuit.**

Wenn schon bei den im vorigen § aufgezählten fünf Fällen darauf aufmerksam gemacht ist, daß es lauter Regeln des Civilrechts seien, um derentwillen die b. p. sec. tab. für unzulässig erklärt wird, so muß um so mehr hier bemerkt werden, wie diese Stelle die Ansicht eines eigenen Prätorischen Testamentes unmöglich macht. Es wird ausdrücklich gesagt,

---

3) fr. 1. de jurisdict.

4) Es läßt sich noch der Mittelfall denken, daß der Prätor Jemandem die b. p. gegeben hat, und nur erst vermuthet, daß sie sich als unbegründet herausstellen werde. Hier half er sich wohl mit einem interimistischen Veräußerungsverbot. fr. 7. §. 5. pro emtore „Qui sciens emit ab eo, quem Praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capiet."

5) Damit wird ausdrücklich darauf hingedeutet, daß hier an und für sich die äußere Gestalt des Testamentes der Agnition der b. p. nicht entgegensteht.

Digitized by Google

daß die bedingenden Beweise (si signaverit, licet filiusfam. sui juris aut servus liber factus decesserit) völlig erbracht sind, und dennoch wird das Testament für nullum erklärt.

Aber die Stelle enthält noch mehr. Weil das Testament durchaus nichtig ist, so folgt es, daß eine daraus ertheilte b. p. sogleich als non data zusammenfallen muß, sobald eben der Mangel der testamentifactio bekannt wird. Es kann nicht davon die Rede sein, daß hier erst auf die hereditatis petitio des Nächstberechtigten, also darauf, daß die b. p. sine re wird, gewartet werde sondern sie geht auch ohne das Auftreten eines bestimmten Gegners unter; dem b. possessor werden die Klagen denegirt, und die nächste Klasse kann wieder eine b. p. agnosciren, während dies, wenn die b. p. nur sine re wäre, nicht möglich ist. — Ebensogut kann aber in einem solchen Falle, wenn der Infirmationsgrund des Testamentes bereits von Anfang an bekannt ist, die b. p. sec. tab. gar nicht agnoscirt werden. Das sagt die Stelle ausdrücklich, indem sie besonders noch darauf Rücksicht nimmt, daß die bedingenden Beweise dabei keineswegs mehr ausreichen, woraus man eben sieht, daß sie nichts als eine Wahrscheinlichkeitsrechnung enthalten, welche neben der Gewißheit des Gegentheils natürlich nicht bestehen kann. Auch hier sehen wir wieder den Unterschied mit der b. p. sine re; wegen des Mangels der testamentifactio wird gar keine b. p. ertheilt, während dies bei einer b. p. sine re immer der Fall ist, wo denn nur die ertheilte b. p. in eigenthümlicher Weise unwirksam gemacht wird.

Was die angeführte Pandektenstelle über den Mangel der testamentifactio sagt, dies muß noch viel mehr von den anderen im vorigen § unter № 1. 2 u. 4. bemerkten Fällen gelten, aber es entsteht die Frage, ob damit das ganze Gebiet der vernichtenden Beweise erschöpft ist?

Jene Fälle sind offenbar nicht mit der Absicht, die Sache zu erschöpfen angeführt, und außerdem ergeben sie alle das gemeinsame Resultat, daß sie nichts als civilrechtliche Regeln über die Gültigkeit der Testamente enthalten. Es liegt doch also sehr nahe, ob nicht auch alle übrigen civilrechtlichen In-

Digitized by Google

firmationsgründe des Teſtamentes zu der b. p. sec. tab. ſich als vernichtende Beweiſe verhalten? Und in der That glaube ich dies unbedenklich bejahen zu dürfen.

Es geht dies ſchon aus dem Principe hervor, welches oben aufgeſtellt iſt, daß man überhaupt den Prätor ſo lange dem Civilrecht folgend annehmen müſſe, bis die Abweichungen davon bewieſen würden. Noch mehr aber folgt es aus dem beſonderen Principe der b. p. sec. tab., worin wir die vollſtändige und alleinige Aufrechterhaltung des civilrechtlichen Teſtamentes wiederkannt haben. Der Schluß, welchen der Juriſt in fr. 19. qui test. fac. poss. „b. p. sec. tab. dari non potest, quia nullae sunt tabulae testamenti," ausſpricht, iſt ſo allgemein, daß er uns auch für andere Infirmationsgründe, als den Mangel der testamentifactio, auf dem richtigen Wege leiten wird, bis wir ausdrückliche Abweichungen davon bemerken. So kann ich es alſo:

a) nur für eine grundloſe Behauptung halten, daß der Prätor die unitas actus, die conventio testium in unum, die praesentia testatoris nicht für nöthig gehalten habe [6]).

b) Ebenſo muß auch jeder Fehler bei den weiteren Förmlichkeiten des Mancipationsteſtamentes [7]), die sec. tab. b. p. vernichtet haben.

c) Und endlich muß daſſelbe auch gegolten haben, wenn durch Präterition des filius in potestate oder des postumus das Teſtament annihilirt wurde.

Daß auch dieſe Fälle dem Principe nach zu den vernichtenden Beweiſen gehören, läßt ſich zuletzt, und wie ich glaube ganz entſcheidend gerade durch die Ausnahmen darthun, welche davon mit der Zeit im Prätoriſchen Edicte aufgeſtellt

---

6) Dernburgs (S. 242) einziger Grund iſt, daß ſich ja dies Alles der Prätor bei der Ertheilung der b. p. nicht haben beweiſen laſſen. Die Antwort darauf iſt, daß alle dieſe Punkte in die Klaſſe der vernichtenden Beweiſe gehören.

7) „Velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba „testator locutus non sit". Gai. II. 119.

wurden [8]). Indessen sind diese Ausnahmen unter dem Gesichtspunkte einer eigenen vom Prätor neu geschaffenen Erbklasse aufzufassen, und können daher in diesem ersten Buche noch nicht erwähnt werden, in welchem wir nur die civilrechtlichen **ordines**, als ursprünglich allein im Begriffe der **b. p.** liegend, zusammenstellen.

§. 31. Es bleibt hier nur noch eine Frage in Beziehung auf die **sec. tab. b. p.** zu beantworten übrig. Da nämlich gezeigt worden ist, daß dabei das Mancipationstestament vom Prätor durchaus anerkannt sei, so muß es auffallen, daß hier bisher immer nur das schriftliche Mancipationstestament vorausgesetzt wurde, und es ist zu untersuchen, ob nicht auch auf den Grund eines nuncupativen Testamentes eine **b. p.** habe ertheilt werden können. Bekanntlich wird dies von vielen Schriftstellern verneint, und jedenfalls ist klar, daß, wenn auch diese Verneinung wahr wäre, dies dem bisher entwickelten Princip der **b. p.** keinen Eintrag thun könnte. Denn wenn man sagt, der Prätor sei durchaus den civilrechtlichen Grundsätzen der testamentarischen Erbfolge gefolgt, so liegt darin noch nicht, daß er nun auch nothwendig eine **b. p. sec. nuncupationem** hätte geben müssen. Es waren, wie ich oben entwickelt habe, die schriftlichen Testamente gewiß in der ganzen Zeit, wo es eine **b. p.** gegeben hat, in so vorherrschendem Gebrauch, daß der Prätor sehr wohl sich darauf beschränken konnte, also nur in Ausnahmsfällen sein Institut unbrauchbar war. Damit muß dann doch immer anerkannt werden, daß er ganz und gar sich den Regeln dieses schriftlichen Civiltestamentes angeschlossen habe.

Aber von der anderen Seite scheint mir auch kein Grund aufgefunden werden zu können, weßhalb sich der Prätor auf das schriftliche Testament sollte beschränkt haben, weßhalb er nicht für die, wenn auch seltenen Fälle der nuncupativen letzten Willen seine allgemeine Absicht, den **heres** zur baldigen Antretung zu bewegen, habe realisiren wollen? Ja noch mehr.

---

8) S. darüber meine historia b. p. sec. tab. p. 25—71.

Digitized by Google

Dies ganze System der b. p. hat freilich mit der Zeit mehre Erbklassen aufgenommen, welche das Civilrecht nicht kennt. Aber zugleich wird doch allgemein zugegeben, daß es auch alle **ordines** des Civilrechts umfaßt habe. In den Institutionen heißt es ganz unbeschränkt, daß denen **qui recto facto testamento heredes instituti sunt**, eine b. p. gegeben werde [1]). Wie soll es möglich gewesen sein, daß der Prätor in dieser einzigen Ausnahme sein Rechtsmittel dem heres versagt haben sollte?

Schon diese allgemeinen Gründe scheinen mit Nothwendigkeit darauf zu führen, daß die b. p. nicht auf dies schriftliche Testament habe beschränkt sein können. Aber wir müssen prüfen, ob nicht dennoch positive Quellenzeugnisse dieser Annahme entgegenstehen.

Neuerdings sind solche Quellenzeugnisse, aus denen die Unmöglichkeit einer b. p. **sec. nuncupationem** hervorgehen soll, am sorgfältigsten von Mayer [2]) zusammengestellt. Zuerst sei doch in der oben weitläuftig erörterten Stelle Cicero's nur von **tabulae testamenti** die Rede; was **Asconius** zu dieser Stelle noch weiter ausführe: **quasi ab intestato agnati ejus succederent, quamvis diceretur testamentum fecisse, si tamen tabulae non proferrentur.** Ueberdieß sei ja in den Ueberschriften der Digestentitel 37. 2 und 38. 6 nur von **tabulae testamenti** die Rede, wie denn auch die classischen Juristen allenthalben das Dasein von **tabulae obsignatae** als nothwendig voraussetzten [3]).

---

1) §. 1. J. de b. p. — Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis **confirmandi** gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recto facto testamento heredes instituti sunt, dat sec. tab. b. p; item ab int. suos heredes et agnatos ad b. p. vocat. Sed et remota quoque b. p. ad eos pertinet hereditas jure civili.

2) Erbrecht I. S. 132. Note 2. S. außerdem Dernburg a. a. O. S. 258. Note 39.

3) Zugleich werden angeführt Gai. II. 119. 147. Ulp. XXIII. 6. XXVIII. 6. — fr. 1. pr. de b. p. sec. tab. — fr. 11 u. 12. de inj. rupt.

Digitized by Google

Ich muß gestehen, daß mir mit allem Diesen noch gar nichts bewiesen zu sein scheint. Das ist freilich keinem Zweifel unterworfen, daß die Worte des Edicts nur von **tabulae testamenti** sprechen, und es ist dies eben sehr natürlich, da sie in durchaus vorherrschendem Gebrauch waren. Aber es fragt sich gerade, ob man diese Worte in der Anwendung auf das Leben in einem so strengen Sinne genommen habe, daß damit das mündliche Testament völlig ausgeschlossen war. Dafür spricht schon an und für sich die freiere Art und Weise nicht, wie man überhaupt das Prätorische Edict interpretirte; besonders aber ist noch der Umstand zu berücksichtigen, daß man auch in Beziehung auf das Civilrecht regelmäßig nur vom schriftlichen Testamente sprach, darunter aber, wie oben gezeigt ist, überhaupt alle Testamente, auch die mündlichen, verstand, woher es denn kommt, daß vom letzteren so selten ausdrücklich die Rede ist. Wenn man nun unbedenklich allgemein vom **scriptus heres** sprach, warum soll man sich gescheut haben von **tabulae testamenti** und von einer **sec. tabulas bon. poss.** zu reden, ohne damit behaupten zu wollen, daß es nothwendig **tabulae** sein mußten? Danach also beweisen die Rubriken der Digestentitel und die häufigen Erwähnungen der Juristen nichts. Wenn sie sagen, es müßten die **tabulae** versiegelt sein, so sagen sie doch damit nicht, daß es überhaupt nur schriftliche Testamente gebe. Wir könnten, selbst wenn uns in den Pandekten nicht die geringste Andeutung über eine **b. p. sec. nunc.** aufbewahrt wäre, dennoch deren Bestehen vermuthen, sobald uns dringende innere Gründe darauf führen; und dazu scheint doch das oben entwickelte Princip der **sec. tab. b. p.** wohl geeignet zu sein.

Was ferner die angeführte Stelle des Asconius beweisen soll, ist nicht wohl einzusehen, welcher nur den auch oben schon erwähnten Satz ausspricht, daß wenn die Frist der einen Klasse abgelaufen ist, ihr Nichtvorhandensein fingirt wird, so daß man den Ueberganz zur folgenden Klasse machen kann. Asconius sagt: wenn kein Testament vorgebracht

---

„attamen si signatum fuerit testamentum, b. possessio„nem sec. tab. accipere heres scriptus potest.“

Digitized by Google

wird, ſo nimmt man an, es ſei keins vorhanden, auch wenn geſagt wird, es habe der Teſtator ein ſolches gemacht, und mithin wird die Inteſtatſucceſſion eröffnet. Iſt denn damit geſagt, daß es keine nuncupativen Teſtamente gebe?

Ebenſowenig kann aus fr. 3. unde liberi abgeleitet werden, welches, wie oben (§. 21. Note 5) ausgeführt iſt, ſagt, daß der Beweis, es ſei gar kein Teſtament vorhanden, auch vor Ablauf der angeſetzten Friſt die Agnition der intestati b. p. möglich mache. Freilich iſt auch hier nur von tabulae testamenti die Rede, und ſehr natürlich. Der Prätor ließ ſich nur das Nichtvorhandenſein eines ſchriftlichen Teſtamentes beweiſen, weil dies in ſo allgemeinem Gebrauch war [4]), daß eine Rückſichtnahme auf nuncupative letzte Willen nur unnütze Weitläuftigkeiten herbeigeführt haben würde. Aber iſt denn damit geſagt, daß wenn nun doch die Errichtung eines ſolchen conſtatirt, und die Zeugen noch innerhalb der anberaumten Friſt vorgebracht wurden, nicht dennoch die b. p. hätte ertheilt werden können, welche dann die etwa ſchon gegebene intestati b. p. wieder ungültig machte?

Endlich iſt die oft angeführte l. 26. de b. p. sec. tab. von Gordian zu erwähnen, durch welche Dernburg ſeine Anſicht ſchlagend bewieſen zu haben glaubt.

> Bonorum quidem possessio ex edicto Practoris nonnisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit.

Ich geſtehe gern zu, daß wenn man bloß dieſe Worte ins Auge faßt, man ſie wohl ſo interpretiren kann, als ſeien darin als nothwendiges Requiſit der b. p. die tabulae aufgeſtellt, von denen nur noch nebenbei bemerkt werde, ſie müßten signatae ſein. Aber leider folgt noch ein zweiter Satz nach, der die Hoffnungen wieder zu nichte macht, welche der erſte erregt hatte. Gordian fährt nämlich ſo fort:

---

4) Würde es uns wundern, wenn im heutigen Rechte, wo doch auch mündliche Teſtamente vorkommen können, bei einer ähnlichen Gelegenheit nur von der Teſtamentsurkunde die Rede wäre?

Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est [5]). —

Angenommen, dieſe Worte ſeien nicht interpolirt, könnten alſo als hiſtoriſches Zeugniß gebraucht werden, ſo beſtätigt ſich dadurch einestheils unſere obige Unterſuchung, daß es auch nach Civilrecht ein mündliches Teſtament gegeben habe, und daß die Ertheilung der b. p. immer nur auf den Grund eines civilrechtlichen Teſtamentes geſchah [6]). Anderntheils aber ſehen wir auch, daß die **b. p. sec. nuncupationem** ebenſo altes Recht ſein kann, wie die **sec. tabulas**, indem die Worte **explorati juris est** im Vergleich zu **in dubium non venit** darauf hindeuten. Aber gerade weil das ſchriftliche und das mündliche Teſtament ſo ganz gleich geſtellt werden, ſo müſſen wir auch jenen erſten Satz nicht ſo verſtehen, wie er interpre-

---

5) Es iſt eigenthümlich, wie die angeführten Schriftſteller dieſen Satz zu entkräften ſuchen. Dernburg ſagt: „Nicht über alle Bedenklich„keit iſt der Schluß unſeres Reſcripts: explorati juris est. Ver„gleichen wir aber Gründe und Gegengründe, ſo verdienen, nach „unſerem individuellen Gefühl, die für die Meinung im „Texte angeführten den Vorzug.“ Uebrigens finde ich dort im Texte keine Gründe.

Mayer (a. a. O. S. 136. Note 5) meint, „wenn man dieſen „zweiten Satz mit dem erſten vergleiche, und wiederum an und für „ſich genau erwäge, ſo trüge die Conſtitution allzuſtarke Spuren der „Interpolation an ſich, als daß ſie mit Sicherheit zum geſchichtli„chen Anhaltspunkt für die b. p. sec. nunc. benutzt werden könnte.“ Namentlich ſetzt Mayer hinter die Worte **eundem, jure civili,** und **nuncupationem** Fragezeichen. Aber was dieſe Worte Verdächtiges haben, weiß ich nicht. — Und wenn überhaupt Mayer dieſe Stelle für interpolirt hält, ſo iſt es doch nicht rathſam, gerade den erſten Satz als hiſtoriſches Zeugniß, daß es nur eine b. p. sec. tabulas gegeben habe, zu gebrauchen, wie er S. 133. thut. —

6) **Vide**, ſagt Treckell, (p. 166.) **quam praeclare haec verba sententiam meam corroborent, quod praetor ex numero testium praesumserit, testamentum secundum jus civile rite fuisse conditum.**

Digitized by Google

tirt werden könnte, wenn er allein ſtände. Es heißt nicht: die b. p. würde nach dem Edicte des Prätors nur in Folge eines ſchriftlichen Teſtamentes gegeben, ſondern der Kaiſer ſagt:

„wenn eine b. p. nach dem Edicte des Prätors auf ei„ne ſchriftliche Urkunde ertheilt werden ſoll, ſo muß „dieſe 7 Siegel haben, — wenn ſie dagegen auf den „Grund eines mündlichen Teſtaments agnoscirt werden „ſoll, ſo muß dargethan werden, daß dabei 7 Zeugen „vorhanden geweſen waren.“

Es ſollen alſo in dieſem Reſcript nur die Erforderniſſe beider **b. possessiones** angegeben werden, und von beiden wird vorausgeſetzt, daß ſie **ex edicto Praetoris** gefordert werden können [7]), womit indeß nicht geſagt iſt, daß ausdrücklich vom nuncupativen Teſtament im Edicte die Rede geweſen wäre. Wenn daſſelbe auch nur vom ſchriftlichen Teſtamente ſprach, ſo wurde doch daraus ganz nach demſelben Princip das mündliche behandelt.

So dürfen wir alſo, wie mir ſcheint, unbedenklich die angeführte Stelle nicht als eine entgegenſtehende, ſondern umgekehrt als unſere Anſicht vollkommen beweiſend anſehen. Indeſſen könnte immer noch die entgegengeſetzte Meinung ſich an die Behauptung der Interpolation dieſer Stelle halten, auch wenn ſich dieſelbe im Einzelnen nicht weiter wahrſcheinlich machen ließe.

Aber auch dieſe Möglichkeit verſchwindet, da wir noch andere, und zwar auch Pandektenſtellen, von der **b. p. sec. nuncup.** reden ſehen, bei denen wohl Niemand an Interpolationen denken wird. Zuerſt ſind **l. 1. C. de b. p. c. t. liberti** und **l. 8. C. de codicill.** [8]), die eine ebenfalls von Gordian, die andere von Theodos, zu erwähnen, in denen

---

7) Die Worte alſo ſind ſo zu verſtehen, als wenn es hieße: B. p. ex edicto praetoris aut secundum tabulas peti potest, dummodo septem signis signatae sint, aut secundum nuncupationem, dummodo eundem numerum testium adfuisse doceri possit etc.

8) Vgl. l. 7. Th. C. de testam. und l. 2. §. 1. eod.

Digitized by Google

die sec. nunc. b. p. als etwas gar nicht erſt neu Eingeführtes angegeben wird. Es iſt durchaus unwahrſcheinlich, daß noch in der ſpätern Kaiſerzeit eine sec. nunc. b. p. neu ſollte entſtanden ſein. Allerdings finden wir im Anfange der Kaiſer ſolche Conſtitutionen, wodurch man an das Prätoriſche Recht anknüpfte, und ſo eine Verbindung des Prätoriſchen und Civilrechts vornahm. Aber als ſich mit der Zeit die Agnition b. p. überhaupt mit der hereditatis aditio mehr zuſammenſchmolz, konnte es keinem Kaiſer einfallen, noch eine neue Klaſſe der b. p. einzuführen, und noch weniger darf man, wie aus unſerer ſpäteren Darſtellung der b. p. unter Juſtinian erhellen wird, daran denken, daß dergleichen Neues noch wieder in die b. p. hineininterpolirt worden wäre.

Wenn wir alſo auch nur eine Andeutung der b. p. sec. nunc. in den Pandekten finden, ſo dürfen wir, wie ich glaube, unbedenklich ſie als ein übrig gebliebenes Zeugniß anſehen, wodurch l. 2. C. de b. p. sec. tab. vollkommen beſtätigt wird. Daß es nicht viele ſolcher Andeutungen in den Pandekten giebt, kann uns nicht Wunder nehmen, wenn wir bedenken, wie wenige Stellen von dem mündlichen civilrechtlichen Teſtamente überhaupt geredet haben werden, und wenn man nicht vergißt, daß der Ausdruck sec. tabulas gewiß ſehr häufig in dem allgemeinen Sinne von Teſtament, nicht bloß von ſchriftlichem Teſtament gebraucht wurde.

Zuerſt iſt hier fr. 8. §. 4. de b. p. sec. tab. zu erwähnen. — **Quidam testamentum in tabulis sibi fecit, filio autem impuberi per nuncupationem substituit. Respondi: sententiam Praetoris in danda b. poss. eam esse, ut separatim patris separatim filii heredes aestimari debeant. Nam quemadmodum scripto herede filio [9]) separatim ab heredibus patris, ita nuncupato potest videri separatim a scriptis patris heredibus b. p. dari.**

Mayer, der dieſe Stelle ſehr wohl kennt [10]), glaubt nicht,

9) D. h. nicht: dem zum Erben eingeſetzten Sohn, ſondern: dem für den Sohn ernannten Erben.

10) A. a. O. S. 133.

Digitized by Google

daß sie seiner Ansicht entgegenstehe, „da die **substitutio pupillaris** als **sequela** des väterlichen Testamentes natürlich anders beurtheilt werden mußte.“ Allein ich zweifle sehr, ob dieser Grund haltbar sei. Allerdings ist das Sohnestestament von dem eigenen des Vaters abhängig, aber dennoch werden beide Testamente, namentlich wenn sie ganz abgesondert von einander errichtet sind, in Beziehung auf die Form abgesondert beurtheilt, wie dies gerade unsere Stelle deutlich genug sagt. Beide müssen also die Form haben, welche der Prätor überhaupt zur Ertheilung der b. p. für nothwendig erklärt; und wenn z. B. das Sohnestestament in einer gar nicht signirten Urkunde enthalten ist, so kann ohne Zweifel der Grund, daß es eine **sequela** des väterlichen signirten Testamentes sei, doch nicht bewirken, daß daraus eine **sec. tab. b. p.** agnoscirt werden dürfe.

Dagegen kann nicht das gleich folgende **fr. 9. eod.** angeführt werden, worin es heißt: **ut b. p. secundum pupillares tabulas admitti possit, requiritur, ut patris testamentum signatum sit, licet secundae tabulae resignatae proferantur.** Gerade daß dies Letztere noch hinzugefügt wird, zeigt, daß wenn die **secundae tabulae** gar nicht signirt worden wären, die Signation des väterlichen Testamentes keineswegs dafür genügen könnte. Ein Satz, der auch, wie ich glaube, von Niemanden bezweifelt werden wird. Wenn wir also im Allgemeinen den Satz aufstellen müssen, daß auch dies zweite Testament signirt vorzubringen war, so erscheint der Inhalt des **fr. 9** als eine singuläre Ausnahme, die sich aber freilich aus dem oben §. 30 unter № 3 Gesagten von selbst erklärt. Alle späteren Vernichtungen der äußeren Gestalt eines Testamentes waren nämlich nicht absolute Verhinderungsgründe der **b. p.**, aber es mußte doch noch der Beweis vor der Ertheilung derselben geliefert werden, daß diese Beschädigungen **contra testatoris voluntatem** geschehen seien. — In diesem Falle dagegen ist nur das **annexum** resignirt, während das Haupttestament, von dem es durchaus abhängt, ganz den Prätorischen Erfordernissen entsprach. Was lag näher als die Präsumtion, daß diese Resignation gegen den Willen des Testators geschehen sein müsse, indem er doch sonst

Digitized by Google

wohl auch sein eigenes Testament vernichtet haben würde? Also es tritt hier an die Stelle des gewöhnlich zu liefernden Beweises eine Präsumtion, und es wird der Beweis des Gegentheils denen überlassen, welche das Testament anfechten wollen, mit andern Worten: was in der Regel Bedingung der **b. p.** ist, fällt hier ausnahmsweise in die Klasse der vernichtenden Beweise. —

Wenn nun durch diesen singulären Charakter des **fr. 9** die Regel nur noch mehr hervortritt, daß das abgesondert errichtete Sohnestestament ganz den gewöhnlichen Prätorischen Erfordernissen über die Form der Testamente unterworfen ist, so folgt auch, daß wenn der Prätor nicht allgemein eine **b. p. sec. nuncup.** anerkannt hätte, er sie auch nie aus der mündlichen Pupillarsubstitution hätte ertheilen dürfen. Eine Testamentsart, die überhaupt das Prätorische Recht nicht kennt, kann doch auch nicht in einem besonderen Falle Bedeutung haben. — Und so darf denn wohl der Schluß gezogen werden, daß, da hier eine **b. p. sec. nunc.** bei einem Sohnestestamente zulässig ist, dieselbe auch allgemein bei allen nuncupativen Testamenten vorkommen konnte. Julians Argumentation macht uns eben diesen Schluß so besonders leicht. Er sagt, auch die **b. p.** aus den **secundae tabulae** sei ganz separatim aufzufassen, also könne es auch keinen Unterschied machen, wenn die civilrechtliche Nuncupationsform angewandt wäre. Indem Julian so schließt, ist es ganz unmöglich anzunehmen, die **b. p. sec. nunc.** sei etwas singulär bloß bei der Pupillarsubstitution Bestehendes; sonst würde Julian sich gerade darauf berufen haben. Er muß nothwendig annehmen, daß eine **b. p. sec. nunc.** allgemein zulässig gewesen sei, weil er sich gerade hierauf gar nicht weiter einläßt. In dem vorliegenden Falle findet er nur das zweifelhaft, ob für das Vaters- und Sohnestestament verschiedenartige Formen zulässig seien, und er diesen Zweifel damit löst, daß der Prätor aus beiden separirte **bon. possessiones** ertheile.

Wenn ich so schon aus dem **fr. 9 cit.** selbst die gegnerische Ansicht widerlegt zu haben glaube, so ist nun noch eine andere Stelle der Pandekten anzuführen, welche die singuläre Beziehung der **b. p. sec. nunc.** auf das Pupillartestament

d by Google

durchaus unmöglich macht. Es iſt um ſomehr zu verwundern, daß Mayer die Beweiskraft dieſer Stelle überſehen hat, da er ſie doch ſelbſt anführt [11]).

> **Fr. 20 de vulg. et pup. subst. — Patris et filii testamentum pro uno habetur etiam in jure praetorio. Nam ut Marcellus libro nono Digestorum scribit, tabulas esse patris signatas, etsi resignatae sint filii, et septem signa patris sufficiunt. §. 1. Si pater sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra fecerit testamentum, valebit.**

Ulpian, aus deſſen ſechszehnten Buche **ad Sabinum** die Stelle genommen iſt, ſpricht hier an und für ſich vom Civilrecht. Aber er vergleicht damit das Prätoriſche, welches in dieſen Fällen eben mit jenem übereinſtimme. Und es kann wohl kein Zweifel ſein, daß der entſchiedene Ausdruck **valebit** im §. 1. auch gerade dieſe Gültigkeit **ex utroque jure** bezeichnen ſoll. Danach alſo wird nicht bloß daſſelbe geſagt, was wir ſchon aus **fr. 8 cit.** erſehen, daß nämlich das nuncupative Sohnesteſtament neben dem ſchriftlichen des Vaters beſtehe, ſondern es wird auch (**vel contra**) das umgekehrte Verhältniß der beiden Teſtamentsformen für zuläſſig erklärt. Und ſo iſt es denn direkt bewieſen, daß auch eine ſelbſtſtändige **b. p. sec. nunc.** beſtehe, indem ſie ja ſogar die Kraft haben ſoll, daß ſich auch die **b. p.** aus der ſchriftlichen Pupillarſubſtitution als **annexum** an ſie anknüpfen dürfe.

Mir ſcheint hiermit das Beſtehen der **b. p. sec. nunc.** genügend auch durch äußere Zeugniſſe bewieſen, während ſie aus dem Principe der teſtamentariſchen Erbfolge des Prätors ſchon von vorn herein gefolgert werden konnte [12]). Es iſt nun

---

11) Freilich um ganz etwas Anderes, nämlich das, was er auch aus **fr. 8. §. 4. de b. p. s. t.** ableitet, zu beweiſen.

12) Deßhalb kann ich auch Hugo R. G. S. 932. Note 2. nicht beiſtimmen, der freilich das Beſtehen der **b. p. sec. nunc.** anerkennt, aber nun doch im Civilrecht kein nuncupatives Teſtament gelten laſſen will. Wenn unſere obige Ausführung über das vom Prätor befolgte Princip richtig iſt, ſo muß in der Annahme der **sec. nunc. b. p.**

noch zu unterſuchen, unter welchen genaueren Bedingungen dieſelbe geſtanden haben mag. Natürlich läßt ſich darüber nur ſehr wenig ſagen, da ſie uns überhaupt in ſo wenigen Stellen erwähnt wird. Bei der **sec. tab. b. p.** haben wir jene Wahrſcheinlichkeitsrechnung kennen gelernt, wonach der Prätor aus der äußeren Erſcheinung auf deſſen völlige civilrechtliche Gültigkeit ſchloß. Natürlich kann das bei der **b. p. sec. nunc.** nicht in der Art vorgekommen ſein. Aber dennoch dürfen wir wohl vermuthen, daß der Prätor hier ganz analoge Regeln angewandt haben werde. Wenn alſo bei der **sec. tab. b. p.** es das Princip iſt, daß nicht die Zeugen zuſammeberufen zu werden brauchen, ſo kann auch etwas ähnliches bei der **sec. nuncup.** ſtatt gefunden haben; und darauf führt uns in der That jene l. 2. C. de b. p. s. t. Es braucht, heißt es darin, nur bewieſen zu werden, daß die ſieben Zeugen bei der Errichtung des Teſtamentes vorhanden geweſen ſind. Weitere Beweiſe dagegen, daß alle vom Civilrecht geforderten Formalitäten, wie die **familiae mancipatio etc.** vorgenommen ſeien, wurden auch hier nicht gefordert. — Außerdem wird der Beweis nöthig geweſen ſein, daß der Teſtator als **civis Romanus** und **suae potestatis** geſtorben ſei, ſeitdem man überhaupt dieſe Nachweiſung auch bei der **sec. tab. b. p.** erforderte.

Wenn wir alſo auch hier eine Klaſſe der bedingenden Beweiſe aufſtellen können, ſo werden wir ebenſo auch von den Punkten zu urtheilen haben, welche, wie oben gezeigt iſt, ebenfalls Bedingungen der b. p. waren, ohne doch als vom Agnoscirenden zu erbringende Beweiſe aufgefaßt werden zu können. Es hängt dies damit zuſammen, wie wir uns den von dem Prätor geforderten Beweis, daß ſieben Perſonen bei der Errichtung des nuncupativen Teſtamentes gegenwärtig geweſen waren, zu denken haben. Dieſen Beweis kann ich mir nicht wohl anders denken, als daß man die Ausſage Eines oder Mehrerer von den gerade mitwirkenden Zeugen anhörte.

---

nothwendig auch die des mündlichen civilrechtlichen Teſtamentes liegen. Erkennt man ja doch auch in der l. 2. C. de b. p. s. t. den Gedankenzuſammenhang, daß weil es ein gültiges Civilteſtament ſei, daraus auch eine b. p. agnoscirt werden könne. S. Note 7.

Digitized by Google

Wo nicht, so würde man voraussetzen, daß noch mehr als jene sieben Personen bei der Testamentserrichtung zugegen gewesen seien, was doch selten der Fall sein mogte. Daß man in der That wenigstens einen solchen Zeugen erforderte, scheint mir nun eben daraus sich zu ergeben, daß der Prätor doch unmöglich Jedem, der ihm bewies, es sei ein nuncupatives Testament errichtet, die b. p. sec. nunc. ertheilt haben kann. Sondern ebenso wie wir oben annahmen, der Prätor müsse in den vorgebrachten tabulae nachgesehen haben, ob sich der Producent darin instituirt finde, — so muß er auch hier überzeugt worden sein, daß in dem nuncupativen Testament der die b. p. Nachsuchende zum Erben ernannt sei [13]) und gerade das konnte doch nur von Einem der sieben Personen bezeugt werden, welche zu der Errichtung des Testamentes mitgewirkt hatten.

Im Uebrigen freilich wage ich nicht zu entscheiden, wie viele von diesen sieben Personen — ob Eine oder Mehrere — der Prätor für nöthig gehalten habe, damit durch ihre Aussagen die Ertheilung der b. p. begründet werde. Genug, wenn wir annehmen dürfen, daß nicht alle, sondern nur Einige von ihnen nöthig waren, um ihr einstmaliges vollständiges Beisammensein darzuthun.

§. 32. Fassen wir nunmehr das Resultat unserer ganzen Beweisführung über die sec. tab. und sec. nunc. b. p. noch einmal kurz zusammen.

1) Der Prätor fordert als bedingenden Beweis die Vorbringung der signirten Urkunde, oder die Stellung von Zeugen, welche die legale Errichtung des nuncupativen Testaments versicherten; außerdem seit der Zeit zwischen Cicero und Gaius den Beweis, daß der Testator mortis tempore civis und suae potestatis gewesen sei.

2) Der Prätor erforschte aus der Urkunde, oder von den

13) Es scheint mir dies wie schon oben angedeutet ist, auch ohne alles Quellenzeugniß eine nothwendige Voraussetzung, wenn wir nicht annehmen wollen, daß Tausende ganz unberechtigter Personen sich zum Prätor gedrängt hätten, um eine b. p. sec. tab. oder nunc. zu erbitten, die auf nicht dem geringsten Grunde basirt war.

Digitized by Google

Zeugen, ob der Producent in dem Testamente eingesetzt worden sei, — außerdem konnte hier noch ein Beweis des Producenten erforderlich sein, daß einzelne Vernichtungsspuren der **tabulae** nicht vom Testator herrührten.

3) War diesen Punkten Genüge geleistet, so wurde die **b. p.** ertheilt, alle übrigen Vernichtungsgründe des schriftlichen oder nuncupativen Testamentes fallen in das Gebiet der vernichtenden Beweise, in Folge deren, von einem bestimmten Proceß unabhängiger Erbringung die bereits ertheilte **b. p.** als **non data** angesehen wurde, und deren frühere Constatirung die Ertheilung derselben unmöglich machte (**non potest peti b. p.**)

Wenn dies Alles richtig ist, so leuchtet nun auch Folgendes von selbst ein.

1) Daß von einem Prätorischen Testamente nicht mehr die Rede sein kann, indem wir das Prätorische Edict gar nicht einmal auf schriftliche Testamente beschränkt sehen.

2) Daß die ganze, die testamentarische Erbfolge betreffende Klasse des Prätors als eine rein **confirmandi juris civilis gratia** proponirte aufzufassen ist (s. §. 28. Not. 6). Wir werden allerdings wahren Ausnahmen hievon begegnen, aber Ausnahmen, die erst später hinzugekommen sein können, die als eine eigene, neu aufgestellte Klasse, hier noch nicht weiter untersucht werden dürfen. Das historische Grundprincip der Prätorischen **successio ex testamento** kann dadurch nicht im Geringsten afficirt werden.

II. Die bonorum possessio ab intestato.

§. 33. Um darzuthun, daß die **b. p. sec. tabulas** [1]) **confirmandi juris civilis causa proposita** sei, hat es eines umständlichern Beweises bedurft. Ungleich kürzer läßt sich erledigen, da dasselbe auch für die anfängliche **intestati b. p.** anzunehmen sei. — Im zweiten Buch wird dargethan werden, daß den ordi-

---

1) Der Kürze wegen wird mir erlaubt sein, ebenso wie vermuthlich die Römischen Juristen mit diesem Ausdrucke in der Folge die ganze testamentarische b. p., also auch die b. p. sec. nunc. zu umfassen.

Digitized by Google

dines unde cognati und unde vir et uxor, sowie der c. t. und der unde liberi b. p. andere Einführungsgründe unterliegen, als der, welcher für die allgemeine Entstehung des Institutes der b. p. oben entwickelt ist. So bleibt also nur die b. p. unde legitimi als Theil der ursprünglichen b. p. übrig (s. oben §. 25. im Anfange), und schon in dem Worte legitimi liegt es, daß lediglich die civilrechtlichen ordines darunter begriffen sind.

Dasselbe Resultat ist denn aber auch schon oben aus den Ciceronischen Edictsworten erwiesen worden (s. §. 25. № 2.), und so haben wir als die ursprünglichen Intestatklassen des Prätors die sui, die agnati und die gentiles aufzustellen, unter denen jetzt in Folge des Edicts eine successio statt finden sollte, welche das Civilrecht nicht erlaubt hatte. Die einzelnen Bedingungen wo möglich genauer zu bestimmen, unter denen diese drei bon. possessiones ertheilt sein mögen, ist hier meine Absicht. Die Quellen lassen uns dabei sehr im Stich, es wird also darauf ankommen, ob sich nicht mit Hülfe der bisher gewonnenen Principien doch Allerlei mit Wahrscheinlichkeit aussprechen lasse.

1) **Bon. poss. unde sui und unde agnati** [2]). Wir wissen, daß seitdem der Prätor den neuen ordo unde liberi eingeführt hatte, die sui zweimal hinter einander im Edicte gerufen wurden, indem sie auch nach Verstreichung jener Frist in dem ordo die b. p. agnosciren dürfen, in welchem sie den Agnaten deferirt wird [3]). Aber daraus darf nicht gefolgert werden, daß ihnen hier als Agnaten die b. p. zustehe, denn wenn man in die Agnatenfamilie im Allgemeinen auch die filiifamilias rechnet, so sind doch unter der Erbklasse der agnati im Civil- wie im Prätorischen Rechte, nur die durch eine patria potestas verbundenen Seitenverwandten zu verstehen [4]).

---

2) Nach Analogie des Ausdrucks unde legitimi (d. h. ea pars edicti, unde legitimi vocantur) darf ich wohl auch die einzelnen Klassen, die dieser ordo enthält, ähnlich bezeichnen, obgleich dies freilich in den Quellen nicht vorkommt.

3) fr. 1. §. 11. de succ. ed.

4) fr. 195. §. 2. de verb. sign.

Digitized by Google

Vielmehr beruht die zweite Berufung der sui darauf, daß sie legitimi heredes sind, d. h. daß sie die erste Erbklasse des Civilrechts ausmachen, und so ist denn auch, ehe es einen ordo unde liberi gab, das den sui aus dem Edict deferirte Recht als eine eigene erste Intestatklasse anzusehen, hinter welcher dann alle übrigen Mitglieder der Agnatenfamilie (die Agnaten im engeren Sinne) als die zweite Klasse folgten. Es ist dies deutlich im fr. 2 unde legit. von Ulpian ausgesprochen.

> Si repudiaverint sui ab intestato b. possessionem, adhuc dicemus obstare eos legitimis [5]), hoc est, his quibus legitima potuit deferri hereditas, idcirco, quia repudiando quasi liberi bonorum possessionem, hanc incipiunt habere quasi legitimi.

Wenn wir also in der Berufung der sui, als der ersten Klasse, es erkennen, daß der Prätor sich ganz nach den Regeln des Civilrechts richtete, so sehen wir dasselbe ebensosehr aus der zweiten, den Agnaten angewiesenen Klasse. Da das Civilrecht nur dem proximus agnatus Erbrecht zugesteht, so konnte auch der Prätor hier nicht weiter gehen. Justinian sagt es uns in den Institutionen ausdrücklich, daß das Prätorische Recht in der Klasse unde agnati keine graduum successio anerkannt habe, und wir werden gerade darin weiter unten den Einführungsgrund des ordo unde cognati erkennen [6]). Zwar sehen wir aus Gaius, daß ein Theil der Römischen Juristen bereits zu seiner Zeit diese graduum successio in das Edict einführen wollte [7]), aber eine Prätorische Praxis kann dies doch nie geworden sein, und mit Recht, denn die Agnaten werden hier als legitimi gerufen, also konnte damit nur der

---

5) Es ist höchst merkwürdig, daß Ulpian gerade hier statt agnati doch das Wort legitimi gebraucht, während er gerade zeigen will, daß diesen legitimi, welche er hier meint, eben die sui, gleichfalls als legitimi, voranstehen. Wir sehen daraus, wie sehr man im gemeinen Leben daran gewöhnt sein mußte, bei legitimi heredes nur an die agnati zu denken, und so Beides als gleichbedeutend zu nehmen. Später wird sich noch ein besonderer Erklärungsgrund ergeben.

6) Vgl. einstweilen §. 7. J. de legit. agn. succ.

7) Gai. III. 28.

Digitized by Google

proximus agnatus gemeint sein; wenn man den entfernteren Agnaten auch einen Erbanspruch geben wollte, so mußte demselben eine ganz andere juristische Basis, als die Erbfolge der zwölf Tafeln untergelegt werden.

Ueber die genaueren Bedingungen, unter welchen den sui und den proximi agnati die b. p. ertheilt wurde, dürfen wir wohl vermuthen, daß im Allgemeinen der Prätor hier ein ähnliches Princip angewandt haben werde, wie wir es bei der sec. tab. b. p. gefunden haben. Ebenso wie der Prätor sich einzelne Erfordernisse des Testamentes beweisen ließ, um daraus dessen vollständige Gültigkeit präsumiren zu können, so wird er sich gewiß auch hier nicht in aller Weise haben darthun lassen, daß durchaus kein Hinderniß der civilrechtlichen Erbfolge dem suus oder agnatus entgegenstehe.

So ist ja namentlich schon das sicher, daß er sich nicht das Nichtvorhandensein eines Testamentes beweisen ließ, sondern dies aus dem Nichtvorgebrachtsein präsumirte; wogegen wir aber auch bereits oben bemerkt haben, (§. 20. Not. 5.), daß nach Erbringung des Beweises, der Erblasser sei intestatus gestorben, auch schon vor Ablauf der für die sec. tab. gesetzten Frist, die b. p. intestati agnoscirt werden durfte. Wir können wohl unbedenklich annehmen, daß, wenn die Agnaten den Beweis führten, es seien weder ein Testament noch sui vorhanden, sie alsdann ebenfalls sogleich die b. p. agnosciren konnten.

Indeß sind doch das Alles nur freiwillig übernommene Beweise, welche sich auch, wenn man den Ablauf der vorangehenden Fristen abwarten wollte, vermeiden ließen. Außerdem aber finden wir in fr. 2. §. 3. unde leg. einen wahrhaft bedingenden Beweis, durch den sich die geäußerte Vermuthung, daß der Prätor überhaupt ähnliche Regeln wie bei der sec. tab. b. p. befolgt habe, durchaus bestätigt. Ulpian sagt nämlich:

> Si quis decesserit, de quo incertum est, utrum paterfamilias an filiusfamilias sit, quia pater ejus ab hostibus captus adhuc vivat, vel quae alia causa suspendat ejus statum, magis est, ne possit peti bonorum ejus possessio, quia nondum intestatum eum esse apparet, quum incertum sit an te-

stari possit. Quum igitur coeperit certi status esse, tunc demum petenda est bonorum possessio, nec quum certum esse coeperit, intestatum esse, sed quum certum esse coeperit, patremfamilias esse.

Wir sehen hier die intestati b. p. ausdrücklich mit der sec. tab. zusammengestellt. Ulpian sagt, so lange der status ungewiß sei, könne man Jemanden nicht intestatus nennen, da man ihn auch nicht sicher als testatus annehmen dürfe, d. h. da es bei der sec. tab. b. p. ein bedingender Beweis ist, daß der Testator suae potestatis gestorben sei. Daraus folgert dann Ulpian, daß die b. p. unde leg. freilich nicht von dem Beweise abhänge, es sei der Erblasser ohne Testament verstorben, wohl aber vom Beweise, daß er als paterfamilias gestorben sei.

Wir begegnen hier also demselben bedingenden Beweise, den der Prätor bei der sec. tab. b. p. forderte, welcher auch nothwendig ebenso auf die Civität des Verstorbenen gerichtet sein mußte, da eben nur einem civis das Recht des paterfamilias zustehen kann.

Wir dürfen aber, wie ich glaube, auf diesem Wege der Vergleichung beider b. possessiones noch weiter vorschreiten. Ebenso wie der Prätor nur dem Producenten die sec. tab. ertheilt haben kann, dessen Namen er im Testamente verzeichnet fand, so kann er auch hier nicht Jedem Beliebigen, der vor ihm erschien, die b. p. unde sui oder agnati ertheilt haben, sondern derselbe muß erst nachgewiesen haben, daß er in Wahrheit suus, oder proximus agnatus sei; und zwar, da hier keine Urkunde statt finden kann, aus der sich die Legitimation des Vorbringenden von selbst ergiebt, so hat dies völlig den Charakter eines bedingenden Beweises.

Wie dieser Beweis erbracht werden mußte, vermag ich freilich nicht genauer anzugeben. Es ist ja überhaupt ein, außer allem Proceß liegendes Beweisverfahren, und es wird genügt haben, gleichviel auf welche Weise [8]), dem Prätor die

8) Bestimmte formelle Beweisregeln kennt ja auch der Römische Proceß gar nicht so, wie der unsrige.

Digitized by Google

Ueberzeugung zu verschaffen, daß man diesen Nachsuchenden für den suus heres oder den proximus agnatus des Verstorbenen halte. In den meisten Fällen wird des Prätors eigene Kenntniß der Familien-Verhältnisse einen besonderen Beweis ganz überflüssig gemacht haben. —

Dagegen leitet uns die Analogie der sec. tab. darauf, daß andere Punkte, wie z. B. eine etwaige Unterschiebung des suus, eine cap. dim. des agnatus, das zu erwartende Erscheinen eines postumus welcher den Agnaten entgegenstehen würde, — in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehörte; deren negativen Beweis also der Prätor nicht von dem Nachsuchenden forderte, sondern deren positives Vorbringen er den daraus interessirten Personen überließ, wodurch denn freilich die schon ertheilte b. p. als non data angesehen wurde, während der Prätor, wenn er das Vorhandensein dieser Verhinderungsgründe bereits bei der Nachsuchung der b. p. kannte, dieselbe ganz und gar verweigerte. Für zwei der angegebenen Punkte wird dies durch ausdrückliche Stellen bestätigt:

> fr. 1 unde leg. — et ideo legitimum heredem, si capite deminutus esset, ab hac b. possessione summoveri [9]) palam est.
>
> Fr. 5. §. 1. eod. — Quamdiu spes est, suum heredem aliquem defuncto existere, tamdiu consanguineis locus non est [10]), puta si defuncti uxor praegnans sit, aut defuncti filius apud hostes sit.

§. 34. 2) Bonorum possessio unde gentiles. Es liegt schon in dem Namen der Klasse unde legitimi, daß darin als dritter ordo die Gentilen gerufen sein mußten. Außerdem sagt es Cicero ausdrücklich, was auch schon aus unserer Interpretation der Edictsworte folgt, daß, weil die Gentilen lege zur Erbschaft gerufen waren, ihnen auch die b. p.

9) In dem summoveri liegt gerade, daß sie bereits dem Agnaten ertheilt sein kann, und dann doch als ungültig (nicht bloß sine re) erscheint.

10) Das kann doch nur heißen: sobald der Prätor weiß, daß die Frau des Verstorbenen schwanger ist, so verweigert er den nachsuchenden consanguinei die b. p.

Digitized by Google

gegeben werden mußte [1]). Wir könen uns nicht wundern, daß wir von dieser b. p. der Gentilen in unseren übrigen Quellen nichts finden, da sie schon zu Gaius Zeit eine Antiquität war, und was nun allenfalls die in den Digesten excerpirten Juristen darüber sagten, sehr natürlich von den Compilatoren nicht aufgenommen ist. Das Werk des Gaius, worin er die ganze Lehre von der b. p. behandelt hat, ist uns leider nicht aufbewahrt worden, und wir können kaum einmal lesen, daß er in den Institutionen (III. 33.) darauf verweist. Aber auch das civilrechtliche Verhältniß der Gentilen ist uns wenig bekannt, da auch hier Gaius (p. 45.) unleserlich ist.

Wir sind also wieder auf Vermuthungen beschränkt, die deßhalb hier auch nur so weit Platz finden sollen, als ihnen durch die bisherigen Untersuchungen einige Sicherheit gewährt wird, und als sie für spätere Entwickelungen der b. p. von Nutzen sein können.

Zuerst ist hier die oben einstweilen bejahete Frage genauer zu untersuchen, ob sich der civilrechtliche Satz **in legitimis hereditatibus successio non est** in der That auch auf die Gentilen bezogen habe, wenn der gerufene **proximus agnatus** wieder hinweggefallen war. Von vorn herein nämlich sollte man glauben, könne hieran gar kein Zweifel sein, weil doch unter **legitimae hereditates** die von der lex der zwölf Tafeln aufgestellten Erbklassen gemeint sind, und daher auch die darunter gehörigen Gentilen jener Regel unterworfen sein mußten.

Dieser Grund scheint so einleuchtend, daß wir nur um gewichtiger Gegengründe willen davon abgehen können. Es ist daher zu prüfen, welche Bedeutung den bisher dawider vorgebrachten Behauptungen zuzutheilen sei.

Schulting [2]), der, soviel ich weiß, zuerst den Gedanken gehabt hat, daß eine **successio** der Gentilenklasse auf die der

---

1) „Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuis„set iste edictum, quod ante istum et postea omnes habue„runt, possessio Minuciae genti esset data."

2) In den Anmerkungen zur leg. Mos. et Rom. Coll. XVI. 2. Not. 21. (p. 794. der Jurisprud. vet. Antejust. ed. Ayrer.)

Digitized by Google

Agnaten Statt gefunden habe; — giebt freilich zu, daß sie den Worten der zwölf Tafeln, wie sie in Gaius Institutionen enthalten sind [3]), nicht gemäß gewesen sei. Aber die **aequitatis ratio** habe eine mildere Interpretation gerathen, so daß auf den **proximus agnatus** die Gentilen gefolgt wären, unter welche dann auch die entfernteren Agnaten gerechnet werden könnten.

Beweise werden für das Aufkommen dieser milderen Interpretation nicht im Geringsten gegeben [4]), dagegen faßt er gleich darauf (p. 798.) bei der Kritik der bekannten Stelle der Collatio [5]), wo Ulpian die Worte der zwölf Tafeln referiren soll, die Sache noch anders auf. Indem er mit Versetzung des Wortes **heres** dieselben so emendirt: **si agnatus nec escit heres, gentilis familiam nancitor,** leitet er nun auch aus den Worten der zwölf Tafeln ab, was er vorher bereits aus der **aequitatis ratio** vermuthet hatte. — Indeß wird heutzutage wohl allgemein angenommen, daß die Stelle der Collatio anders gelesen werden muß, indem wir sonst, wie Dirksen [6]) mit Recht bemerkt, mit Gaius in Widerspruch gerathen würden, der ebenso wie vorher bei der Klasse des **suus** lediglich sagt: **si nullus agnatus sit;** und indem wir auch die Endworte vollkommen genügend dadurch erklären können, daß das „**heres**" aus einer ähnlichen Sigle statt „**habento**" gebildet, und „**hanc**" aus „**nunc**" oder „**jam,**" welches zum folgenden Satze gehört, corrumpirt worden ist [7]). So sind Gründe für die Schulting'sche Vermuthung nicht vorhanden. — Hugo hat dieselbe indeß wieder aufgenommen, und eine solche Autorität muß uns offenbar zu sehr vorsichtiger Prüfung veranlassen, wenn wir ihr entgegentreten wollen. Hugo rechtfertigt seine Vermuthung dadurch, daß wir den Satz in leg.

---

3) „Si nullus agnatus sit, eadem lex duodecim tabularum gentiles ad hereditatem vocat."

4) Daß bei Sueton. (Caes. 2.) der gentilitiae hereditates Erwähnung geschieht, soll doch wohl keiner sein.

5) Coll. XVI. 4. 2. — si gnatus nescit, gentiles familiam heres hanc.

6) Zwölf Tafeln. S. 360.

7) S. Schilling dissertatio critica de Ulpiani fragmentis. p. 84 et 85. und die Note in der Blumeschen Ausgabe der Coll.

Digitized by Google

her. non est successio erſt zu einer Zeit fänden, wo das Erbrecht der Gentilen ſchon veraltet war, weßhalb es alſo wohl ſein könne, daß er in Anſehung dieſes, als des Allerletzten, nicht gegolten hätte [8]). —

So viel iſt gewiß, daß wir bei dem Zuſtande unſerer Quellen ſehr Vieles erſt aus einer ſpäteren Zeit wiſſen, und uns noch die weitere Thätigkeit übrig bleibt, nachzuforſchen, ob auch ſeine Entſtehung dieſer ſpäteren Zeit angehört, oder ob unſere Quelle einen ſchon alten Rechtsſatz enthalte. An und für ſich alſo beweiſt der Umſtand, daß die Regel in **leg. her. succ. non est** von Schriftſtellern vorgetragen wird, welche das Gentilenrecht nicht mehr kannten, noch nicht, daß ſie erſt nach der Antiquirung deſſelben aufgekommen ſei. Wir müſſen die Frage ſo lange als unentſchieden betrachten, bis wir andere, ſelbſtändige Gründe finden, aus denen ſich der frühere oder ſpätere Urſprung ergiebt. Als ſolchen finde ich in Hugos Worten den angedeutet, daß doch für die Gentilenklaſſe, als die allerletzte, es unwahrſcheinlich ſei, daß ſie nicht immer hätte eintreten ſollen, wo die früheren Erbklaſſen kein Ergebniß geliefert hätten, indem ſonſt ja unendlich häufig die **bona vacantia** werden mußten. Derſelbe Grund wird es denn auch hauptſächlich ſein, um deſſentwillen Mühlenbruch [9]) ſagt: **nunquam tamen mihi persuadebis neque gentilium ordinem successisse, existentibus quidem, nec tamen adeuntibus hereditatem agnatis** [10]).

---

8) R G. S. 258. Z. 24.

9) Comment. de veter. Romanor. gentib. et famil. Rostock 1807. §. 9. — S. auch deſſen Pand. Lehrb. §. 626. Not. 9.

10) Die anderen Gründe, welche Mühlenbruch a. a. O. eigentlich ausführt, ſcheinen mir nicht haltbar:

a) die Stellen, welche den Satz überhaupt enthielten (Paul. rec. sent. IV. 8, §. 23. — Ulpian XXVI. 5. — Collat. XVI. 2. — Gaius III. 11. — §. 7. J. de legit agn. tutel. — Fr. 1. §. 8. de suis et leg. her.) ſprächen nur von einer **graduum** nicht von der **ordinum successio**. — Aber das muß ich läugnen, denn Paulus und Ulpian ſagen ausdrücklich: **in legitimis hereditatibus succ. non est**; und leiten daraus erſt, als aus dem Allgemeineren, die ſpecielle Anwendung der Agnatenklaſſe ab. — Ja Mühlenbruch geht

Digitized by Google

Aber dieſe Unwahrſcheinlichkeit, worauf alſo die ganze Vermuthung hinausläuft, ſcheint mir durch die obige Darſtellung der **pro herede usucapio** gehoben zu ſein. Man muß eben für die ältere Zeit eine exorbitante Engigkeit und Unbeholfenheit des Erbrechtes annehmen [11]), um überhaupt die Entſtehung dieſes wunderſamen Inſtitutes der **pro herede usucapio** ſich vollkommen erklären zu können. Es iſt gewiß, wie ſchon oben bemerkt wurde, dabei nicht die Abſicht geweſen, die Erbſchaft ganz fremden Perſonen zutheilen zu laſſen, ſondern man ſetzte voraus, daß die Erbklaſſen der zwölf Tafeln, auch wenn ihnen nicht **de jure** die Erbſchaft deferirt werden könne, doch in der Regel die Nächſten zur Beſitzergreifung ſein würden, alſo wenn auch der eigentliche Veranlaſſungsgrund der **pro her. us.** das Intereſſe der Pontifen und Creditoren war, ſo würde man doch das Inſtitut gewiß noch anders normirt haben, wenn man nicht hätte berechnen können, daß nebenbei nun auch die zur Erbſchaft zu gelangen vermogten, denen die Wortfaſſung der zwölf Tafeln entgegen ſtand.

Dieſe Wortfaſſung iſt gerade dieſelbe, als bei dem Uebergange von der Klaſſe der **sui** auf die Agnaten. **Si nullus sit suorum heredum**, ſagt Gai. III. 9., **tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII. tab. agnatos**, und im §. 17. **si nullus agnatus sit, eadem lex XII. tab. gentiles**

ſo weit, auch von der Klaſſe der **sui**, die nicht antreten wollten, eine **successio** auf die Agnaten zu vermuthen, was er wohl ſelbſt ſpäter nicht gebilligt haben wird.

b) Es ſei überhaupt von den Succeſſionen, die auf Agnation oder Cognation ruhten, kein Schluß auf die der Gentilen zu machen, wie wir daraus ſähen, daß der Prätor den Letzteren keine Klaſſe in dem Syſteme der b. p. eingeräumt habe. — Dies widerlegt ſich durch die obige Stelle des Cicero.

c) Die zwölf Tafeln, von den Patriziern aufgeſtellt, hätten die **graduum successio** deßhalb verhindert, um den (Patriziſchen) **gentes** deſto häufiger die Erbſchaft zuzuwenden; alſo würden ſie ſich ja durch das allgemeine Verbot der **ordinum successio** ſelbſt im Lichte geſtanden haben. Auch dieſen Grund wird wohl M. ſelbſt, nach Niebuhrs Forſchungen, nicht mehr anerkannt haben.

11) Der juriſtiſche Grund, den man für das Verbot der **successio** annehmen muß, iſt im §. 22. hinter Not. 9. angegeben.

ad hereditatem vocat. — Können wir glauben, daß die Römer, die ihre zwölf Tafeln so strict, ja so engherzig interpretirten, die gerade hier wegen des Wortes **proximus agnatus** alle Agnaten entfernterer Grade ausschlossen, daß sie nun doch gleich daneben eine Interpretation aufstellten, die offenbar den Worten nicht gemäß ist. Denn **si nullus agnatus sit**, heißt nicht: wenn kein Agnat **heres** wird, sondern wenn kein Agnat **vorhanden** ist.

So dürfen wir also wohl die Regel: **in legitimis hereditatibus s. n. est** in ihrem vollen Wortverstande nehmen, wir dürfen sie überhaupt wohl einer älteren Zeit vindiciren, als in der die Schriftsteller lebten, die sie uns aufbewahrt haben. Es war sehr natürlich, daß als der Prätor das **successorium edictum** aufstellte, man die entgegengesetzte Eigenthümlichkeit des Civilrechts durch ein kurzes Rechtssprichwort dem gegenüberstellte. Also mag es wohl mit der **b. p.** wenigstens gleiches Alter haben [12]).

Jetzt erst dürfen wir weiter fragen, wie die den Gentilen deferirte **b. p.** beschaffen gewesen sein möge. Und zwar kann nach unserer Darstellung der im **successorium edictum** liegenden Principien für **zwei** Fälle wohl kein Zweifel obwalten. — Wenn nämlich überhaupt gar keine Agnaten vorhanden waren, oder nur Agnaten **eines** Grades, so muß der Prätor nach erfolglosem Ablauf der den Agnaten bestimmten Frist den nachsuchenden Gentilen die **b. p.** ertheilt haben.

Im ersteren Falle traf civilrechtliches und fingirtes Erbrecht zusammen, und Letzteres war wegen der damit verknüpften Vortheile nicht von der Hand zu weisen. Im zweiten Falle dagegen hatte die **gens** nur das fingirte Erbrecht, und der ihnen vorstehende Agnat, der die Frist der **b. p.** versäumt hatte, konnte mit der **her. pet.** immer noch die **hereditas** ihr wieder abfordern.

---

12) Die hier vertheidigte Ansicht ist bereits gegen Hugo ausgeführt worden von **Schilling** diss. crit. de Ulp. fragm. p. 74 f. und in dessen Bemerkungen über R. R. G. S. 80. — S. auch Huschke Studien, S. 140. Not. 5.

d by Google

Wie aber in dem dritten denkbaren Falle, wenn ein **proximus agnatus** vorhanden war, hinter dem noch andere Agnaten entfernteren Grades ſtanden? Dürfen wir, wenn nun der **proximus** die Friſt verſäumte, annehmen, daß der Prätor den Gentilen die **b. p.** ertheilt habe? — Ich bin der feſten Ueberzeugung, daß dies nicht möglich geweſen ſei.

Der Prätor führte ja die **successio** nur in der Art ein, daß er demjenigen eine Friſt anberaumte, welcher wirklicher **heres** war, wenn von den im vorhergehenden **ordo** vom Prätor berufenen **heredes** in der That Niemand vorhanden geweſen wäre. So hat es ſich in allen Fällen, die wir bisher betrachteten, gezeigt. Der in einer ſpätern Friſt Berufene iſt vom Civilrecht nur durch das Exiſtiren eines früher Berufenen ausgeſchloſſen, und das eben ſollte nun kein Hinderniß mehr ſein, ſo lange wenigſtens als **fingirter heres** zu gelten, bis der wahre ſich ſeines Rechtes annähme.

In unſerem Falle geſtaltet ſich die Sache offenbar ganz anders. Die Gentilen ſind durch das Exiſtiren Derer, welche gar kein Civilerbrecht haben (der entfernteren Agnaten) von der **hereditas** ausgeſchloſſen. Der Prätor alſo konnte, wenn die Friſt für den **proximus agnatus** abgelaufen war, gar nicht fingiren, **weil** er nicht vorhanden ſei, ſo ſeien die Gentilen die civilrechtlichen Erben. Die ganze Eröffnung der **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** ruht lediglich auf der Fiction des Nichtvorhandenſeins eines früheren **ordo**, und daraus folgt in allen übrigen Fällen eben ganz von ſelbſt, daß nun dem folgenden **ordo** die **hereditas** zuſtehe. Hier aber ergiebt die Fiction, daß der **proximus agnatus** nicht vorhanden ſei, noch gar nicht das Erbrecht der Gentilen. Weil doch immer die entfernteren Agnaten vor ihnen ſtehen, können ſie nie durch das Verſchwinden des **proximus, legitimi heredes** werden, und darin liegt der Beweis, daß der Prätor ihnen auch keine **b. p. unde legitimi** geben kann.

Aus den oben mitgetheilten Edictsworten geht dies Reſultat unmittelbar hervor. Der ſich zuerſt Meldende (**proximus**) ſoll die **b. p.** haben, welcher, beim Nichtvorhandenſein der früher Berufenen, der nach Civilrecht Berechtigte (**potissimus**) ſein würde. Man kann alſo auch nicht meinen, der

Digitized by Google

Prätor habe ja ebensogut das Nichtvorhandensein der entfernteren Agnaten fingiren können, um so die Erbberechtigung der gens zu folgern, denn man darf doch nur den excludiren, den man verpflichtet hat, zu erscheinen. Sagt es ja doch auch endlich Cicero deutlich genug, daß die Gentilen, soweit sie zur **legitima hereditas** berufen sind, einen Anspruch auf die b. p. haben. — Ich vermuthe, daß trotz der angeführten Gründe diese Ansicht Manchem, in Folge einer im Allgemeinen von der Natur des Prätorischen Edicts gehegten Vorstellung, nicht gleich einleuchten wird. Man stellt sich dasselbe als das Mittel vor, wodurch die Römer sich von der alten **juris scrupulositas** entfernten, und eine freiere Anwendung des Rechtes möglich machten. Und doch war es eine solche Scrupulosität, die Gentilen wegen der entfernteren Agnaten auszuschließen, weil die zwölf Tafeln ihnen nur, **si nullus agnatus sit**, Erbrecht ertheilt hatten. Wie soll es denkbar sein, daß nun der Prätor sich dieser strengen Interpretation gefügt haben könnte?

Und doch müssen wir dies annehmen. Wenn auch im Allgemeinen jene Idee richtig ist, so haben wir uns wohl zu hüten, sie ohne Ausnahme anzuerkennen. Der Beweis einer solchen Ausnahme liegt uns gerade hier nahe genug, und er führt es von selbst mit sich, daß auch für die Gentilen der Prätor rein das Civilrecht anerkennen mußte. Er hat, wie wir gesehen haben, den entfernteren Agnaten, als Agnaten, nie eine **successio** gestattet, obgleich doch die allgemeine Volksansicht in der späteren Zeit dem gewiß sehr viel geneigter war, als wenn er die nach und nach seltener werdenden Gentilen über die Gränzen des Civilrechts hinaus gerufen hätte, — obgleich dafür sogar ein Theil der Juristen sprach, — obgleich bei den entfernteren Agnaten gar nicht das juristische Hinderniß einer zwischen ihnen und dem **proximus agnatus** stehenden Person vorhanden war. —

Der Prätor that es dennoch nicht, er schuf für sie, wie wir sehen werden, lieber eine eigene, auf andere Grundlagen gebaute Klasse, und ein Gleiches hätte er thun müssen, wenn er den Gentilen in unserem dritten Fall ein Erbrecht hätte zutheilen wollen. Es ist ja auch ein Widerspruch im Worte, dessen sich doch der Prätor unmöglich schuldig machen konnte,

Digitized by Google

daß er sie als legitimi gerufen hätte, welche hier gerade nicht legitimi sein konnten.

Daß es aber dem Prätor nicht einfallen durfte, noch eine eigene Klasse für die Gentilen aufzustellen, denen entferntere Agnaten vorstanden, das wird sich im Anfange des zweiten Buches leicht darthun lassen. Und dort wird es überhaupt sich erst recht klar zeigen, wie die hier aufgestellte Ansicht über die beschränkte Zulassung der Gentilen, nicht allein nicht eine undenkbare, sondern, däucht mich, eine nothwendige ist, um die weitere Ausbildung des Systems der b. p. zu erklären.

Hier bleibt mir nur noch übrig, nach Analogie des bei der b. p. unde agnati Ausgeführten (s. den vor. §. am Ende), Einiges über die bedingenden Beweise zu bemerken, welche der Prätor ebensogut von den Gentilen, als von allen übrigen Nachsuchenden, gefordert haben wird. Da ich annehme, daß beim Vorhandensein von Agnaten mehrer Grade kein Gentile zugelassen werden konnte, so muß auch die Bescheinigung, daß dies nicht der Fall sei, bei der Agnition geliefert geworden sein, wogegen, wenn man wußte, daß nur ein Agnat vorhanden sei, natürlich nicht dargethan zu werden brauchte, er habe die Erbschaft ausgeschlagen.

Gleichmäßig müssen wir aber auch nach dem oben Gesagten annehmen, daß die Gentilen zu beweisen hatten, es sei der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis gestorben, sowie daß der Nachsuchende mit ihm im Gentilitätsverbande gestanden habe [13]).

Andere, den bei der b. p. unde agnati bemerkten analoge Fälle dagegen werden in das Gebiet der vernichtenden Beweise gezählt worden sein.

---

13) Es ist hier nicht der Ort zu untersuchen, welchen Personen von denen, die überhaupt zu einer gens gezählt wurden, Successionsrecht zugestanden worden sei. Wir dürfen uns hier damit begnügen, daß jedenfalls der Prätor sie ebenso rief, wie das Civilrecht. Wie aber dies Civilrecht hier lautete, ist denn freilich nicht so leicht und einfach zu beantworten.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Objective in der honorum possessio enthaltene Rechte.

§. 35. In dem vorigen Kapitel sind die beiden Fragen erörtert worden, wie der Prätor den wahren heres zur Agnition der b. p. zu bewegen suchte, und wem er bei dessen Säumigkeit das Recht der successio gegeben habe. Es knüpft sich nothwendig daran die dritte Frage, welche Rechte diesem successor zugestanden worden seien?

Schon in der Art, wie wir diese Frage stellen, liegt die Annahme des Falles, daß ein wahrer heres in der, oder einer der vorhergehenden Klassen vorhanden ist, oder wenigstens beim Tode des Erblassers vorhanden war, und die ihm gesetzte Frist nicht benutzt hat, — so daß der, welcher die b. p. agnoscirt, nicht wahrer, sondern nur fingirter heres ist, Präsumtion und Wirklichkeit also auseinander fallen. Es versteht sich von selbst, daß da, wo der b. possessor zugleich heres ist, dieser auch alle die Rechte hat, welche wir hier beim successor, der nicht zugleich heres ist, finden werden. Und man könnte danach der Ansicht sein, daß das hier Abzuhandelnde bereits an die erste Frage des vorigen Kapitels anzuknüpfen gewesen wäre. Allein nach dem im §. 22. Gesagten, daß nämlich die ganze b. p. ein wesentlich relatives Verhältniß sei, wird es einleuchten, daß eine andere Darstellung der in der b. p. enthaltenen Rechte bei weitem räthlicher sein mußte.

Digitized by Google

Da nämlich die Grundlage der hier zu erörternden Rechte die Fiction des **heres** ist, so müssen sie doch offenbar weit anschaulicher durchgeführt werden können, wenn man den lediglich fingirten **heres** ins Auge faßt, und ihm dann den wahren **heres** gegenüberstellt.

Letzterer hat für die Nachsuchung der **b. p.** im Grunde nur wegen der oben dargestellten Punkte ein Interesse. Die hier in Betracht kommenden Rechte konnten ihm nur allenfalls interimistisch nützlich sein; d. h. wenn er nicht gleich sein Civilerbrecht streng beweisen konnte, so mußte es ihm sehr wünschenswerth erscheinen, daß er die Rechte, welche ihm wirklich definitiv zustanden, nun auch bereits ohne jenen strengen Beweis als fingirt Berechtigter ausüben durfte.

Indem wir dies vorausschicken, wird wohl nicht mehr mißverstanden werden können, was wir in der Folge nur dem **successor**, der nicht zugleich **heres** ist, zuschreiben werden. Es bleibt hier noch übrig zu entwickeln, in wie viel Punkte dieser vor uns liegende Gegenstand auseinanderzuscheiden ist.

Possessio, ohne weiteren Zusatz, wird bekanntlich von den Römern meist in einer technischen, von der bloßen **detentio** genau getrennten Bedeutung gebraucht [1]). Wir nennen es den juristischen oder den Interdictenbesitz, weil bestimmte Interdicte zum Schutze desselben gegeben sind.

Diese technische **possessio** geht in ihrer normalen Gestalt nur auf körperliche Sachen [2]) und begreift das Vereinigtsein der beiden Erfordernisse des **corpus** und des **animus domini** in sich [3]). Sie läßt sich also als die factische Ausübung

---

1) Es ist nicht nöthig, das allgemein bekannte klassische Werk noch besonders zu citiren, auf welches alle ins Gebiet der possessio einschlagenden Untersuchungen, als auf ihren Stützpunkt recurriren müssen, wenn man auch im Einzelnen von des großen Meisters Wege sich entfernen zu müssen glaubt.

2) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss. — „Possideri autem possunt, „quae sunt corporalia."

3) Fr. 8. eod. — „Quemadmodum nulla possessio acquiri, nisi „animo et corpore potest etc."

Digitized by Google

des Eigenthumrechtes definiren. Einestheils findet sich dieses Verhältniß bei dem wahren Eigenthümer, indem es gerade hier in der höchsten Potenz der Rechtmäßigkeit erscheint, so daß es sogar bei einer nur rohen Auffassung der Rechtsverhältnisse mit dem Eigenthume völlig zusammenzufallen den Anschein hat [4]). Indessen läßt sich doch die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß von der Frage über das Eigenthum trennen (und diese feine Scheidung verdanken wir den Römern), so daß die factische Ausübung des Eigenthumrechtes (corpus und animus domini) auch zu Gunsten der Personen mit Interdicten geschützt sein soll, bei denen es zweifelhaft oder vielleicht ganz entschieden ist, daß sie nicht Eigenthümer seien. Der Grund, um dessentwillen man eine Trennung von der Eigenthumsfrage vornahm, ist ein sehr einfacher. — Man kann unbegründete Eigenmächtigkeiten und Willkührlichkeiten der Menschen nicht gut heißen wollen. Wenn sich eine Sache in der Hand Jemandes befindet, so ist das freilich noch kein Zeichen, daß er ein wahres materielles Recht daran habe. Aber so lange Niemand auftritt, der da beweist, daß ihm selbst dieses wahre Recht an der Sache zustehe, ist auch nicht der geringste Grund vorhanden, sie Jenem wegzunehmen. Warum, das ist die von selbst sich ergebende Frage, soll denn ein Anderer sich ihrer bemächtigen dürfen, welcher doch ein Recht an derselben nicht nachzuweisen vermag?

Die ganze Zeit, in der über das materielle Recht an der Sache noch nicht entschieden werden kann, eben weil der wahrhaft Berechtigte noch nicht hervorgetreten ist, ist ein durchaus negativer Zustand, und da gerade Niemand rechtliche Ansprüche macht, so ist es doch das Natürlichste, daß sie da bleibt, wo sie ist [5]). Es kann also gar nicht darauf ankommen, zu

4) Fr. 1. pr. §. 1. eod. — Possessio appellata est — a sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit. — Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint.

5) Mir kommt dies vor wie der Beweis, daß die Erde, abgesehen von

Digitized by Google

fragen, ob der einstweilige Besitzer ein materielles Recht an der Sache habe. Und selbst wenn es feststände, daß er sie ganz unrechtmäßig, vielleicht durch Gewalt oder heimlichen Diebstahl in seine Hand bekommen habe, so ist doch daraus unberechtigten dritten Personen noch kein Recht erwachsen, sie ihm wegzunehmen. Indem man ihn in seinem Besitze schützt, thut man das nicht um seinetwillen, es geschieht, damit die Sache sicher an derselben Stelle bleibe, damit nicht durch ein grundloses Fortgehen aus einer Hand in die andere es dahin komme, daß dem endlich auftretenden Berechtigten alle Spur derselben verwischt sei.

Der reine Besitzeszustand ist also die Negation alles materiellen Rechtes an der Sache, und eben deßhalb muß dem Besitzer selbst ein formelles Recht an derselben zugestanden werden, welches er durch Klagen muß verfolgen können. In der Durchführung dieser Klagen darf die **quaestio de proprietate** (oder überhaupt über materielles Sachenrecht) durchaus nicht eingemischt werden, eben damit man dem dereinst auftretenden wahrhaft Berechtigten nicht vorgreife.

So kann man also allerdings die **possessio** als ein Recht an Sachen auffassen, aber man muß sie ein formelles, ein interimistisches Sachenrecht nennen [6]). —

---

anderen Himmelskörpern, die sie an sich ziehen, nicht aus ihrer Bahn treten kann. Ein Beweis, der durch die bloße Frage geführt wird, wo soll sie denn hinfallen? — Da sie ebensogut nach oben, nach unten und nach allen Seiten fallen müßte, so bleibt sie ruhig auf ihrem Wege. Fr. 5. pr. in fin. si ususfr. pet. „Quodsi forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen jure, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant.

6) Fr. 1. §. 1. de superfic. — hoc interdictum proponere, et quasi in rem actionem polliceri. Fr. 2. uti poss. — Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Fr. 36. de a. v. a. poss. — Es wird mir wohl nicht verargt werden, daß ich hier nur in kurzen Zügen so berühmte Punkte berühre, die mir lediglich zur Anknüpfung für das Folgende dienen sollen; daß ich also auf die bekannten Ansichten An-

Es ließe sich hiergegen der Einwurf vorbringen, daß die Römer von der angegebenen Anschauungsweise geleitet (wie sie doch entschieden in dem fr. 2. uti poss. ausgedrückt ist) — darauf hätten gelangen müssen, einem jeden Detentor das Recht des Besitzes zuzugestehen. Allein ein nur geringes Nachdenken führt auf das Unpassende dieses Einwurfs. Die **quaestio** des Besitzes soll eine von der des Eigenthums separirte sein, der Besitz ist gerade der Zustand, in dem über das materielle Recht an der Sache noch nichts Sicheres feststeht. Wenn aber Jemand eine Sache so detinirt, daß er sein ganzes Recht daran vom Eigenthümer ableitet, so würde hier, wenn er auf die Besitzesklagen Anspruch machen dürfte, in die Verhandlung der Sache nothwendig die **quaestio dominii** eingemischt werden, da gerade sein ganzes Verhältniß zur Sache auf der Concession des Eigenthümers beruht [7]). So folgt es also, wenn man der **possessio** ein selbständiges, vom Eigenthum getrenntes Feld überhaupt anweisen will [8]), daß man davon alle Fälle ausscheiden muß, in denen der Detentor sich selbst an den Eigenthümer anlehnt, mit andern Worten, man mußte für die **possessio**, welche ein durch Klagen geschütztes interimistisches Recht enthalten sollte, nothwendig außer dem körperlichen In-

derer nicht weiter eingehe. Ich hoffe, man wird es der Erörterung im Texte ansehen, daß sie nicht so eilig ausgedacht ist, als sie gelesen werden kann.

7) Recht klar ist dies aus dem Beispiele des fr. 19. pr. de a. v. a. p. zu ersehen: Qui bona fide alienum fundum emit, eundem a domino conduxit. Quaero utrum desinat possidere, an non? Respondi: in promtu est, ut possidere desierit. — Es sind anfangs alle Erfordernisse der possessio vorhanden, aber plötzlich wird durch den Pachtcontract das Verhältniß des Eigenthümers eingemischt. Es kann also unmöglich die possessio als ein selbständiges Rechtsverhältniß noch ferner bestehen bleiben. L. 1. C. Comm. de usuc. (7. 30.)

8) Fr. 1. §. 2. uti poss. — Hujus autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Aus der Aufstellung der Interdicte ist ja erst, durch die Wissenschaft, die Theorie des Besitzes abgeleitet. Fr. 12. §. 1. de ac. vel am. possess.

Digitized by Google

nehaben, noch ein zweites juriſtiſches Erforderniß aufſtellen, den **animus domini** [9]).

So iſt denn bei der possessio Alles vorhanden, was überhaupt zum Beſtehen eines wahren, (wenn auch nur interimiſtiſchen) [10]) Rechtes gehört, nämlich die Aufſtellung juriſtiſcher Erforderniſſe für daſſelbe, wonach ſich ſein Entſtehen und ſeine Beendigung richtet, und die Schützung deſſelben durch Rechtsmittel, die poſſeſſoriſchen Interdikte.

In dieſer reinen possessio, die alſo, weil ſie gerade das Unentſchiedenſein über das Eigenthum enthält, ſo gut beim Eigenthümer als beim Nichteigenthümer ſtattfinden kann, laſſen ſich nun übrigens noch andere Momente hinzufügen, durch deren Hinzutreten noch beſondere Rechtsverhältniſſe erzeugt werden. Nie indeſſen, das muß wohl dabei feſtgehalten werden, wird dadurch eine ſolche Einheit erzeugt, daß nicht in jedem Augenblick die reine possessio als ein völlig ſelbſtändiges, die einmal anerkannten Wirkungen erzeugendes Rechtsverhältniß aufgefaßt werden könnte. Es muß dies nothwendig der Fall ſein, da, wie gezeigt iſt, die possessio ſich ſogar in der Hand des wahren Eigenthümers völlig von der **quaestio dominii** trennen läßt [11]).

---

9) Natürlich können hiergegen nicht die anomalen Fällen des ſ. g. abgeleiteten Beſitzes angeführt werden.

10) Man wird darin keinen Widerſpruch finden, daß ein interimiſtiſches Recht ein wahres Recht genannt wird. Man denke an das ſ. g. dominium, quod resolvitur ex tunc. fr. 66. de rei vind. — Dies interimiſtiſche Recht der possessio erhellt ſehr deutlich aus einer Stelle Ulpians, worin gerade von einem Interdict die Rede iſt, welches das definitive Recht (proprietatis causam) ausnahmsweiſe in ſich faßt. Fr. 1. §. 45. de aqua quotid. et aest. — Meminisse autem debemus in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis. Non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta (daraus folgt freilich noch nicht, daß die Interdicte bloße Einleitungsverfahren des dinglichen Proceſſes ſeien), nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus assignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

11) Fr. 3. §. 21. 22. de a. v. a. p. — Genera possessionum tot sunt,

Digitized by Google

Dieſe hinzutretenden Momente haben den gemeinſamen Charakter, daß der die Sache Innehabende nicht bloß, wie es die possessio vorausſetzt, ſich als Eigenthümer gerirt, ſondern auch glaubt, er ſei in Wahrheit der Eigenthümer, daß er dies aus einem guten Grunde glaubt, welcher nur wegen eines ihm unbekannten und nicht imputabeln Factums ein unrichtiger iſt.

Einem ſolchen bonae fidei possessor giebt das Recht, außer dem gewöhnlichen mit der possessio verknüpften Schutze auch noch die Befugniß, die Sache durch Uſucapion in ſein Eigenthum zu bringen; und zwar war hiſtoriſch dies combinirte Rechtsverhältniß das frühere, ſchon dem Civilrechte bekannte, in welchem man dann ſpäter, als man erſt den Begriff der reinen possessio conſtruirt hatte, denſelben vollkommen wieder erkannte. Gerade weil hier die reine possessio in einer Combination mit beſonderen civilrechtlichen Erforderniſſen und Wirkungen erſcheint, nannte man es die civilis possessio [12]).

Später ging man (durch Einführung der Publ. act.) ſogar noch weiter, und ſah den in conditione usucapiendi Be-

---

quot et causae acquirendi ejus, quod nostrum non sit, veluti pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his, quae terra mari coeloque vel ex hostibus capimus, vel quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae. Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.

12) Es iſt gar nicht ſo ſchwer, gegen manche Wahrheiten doch immer noch allerlei Zweifelsgründe vorzubringen, aber darum ſind ſie nicht minder wahr. Es giebt Fragen, die man nicht bloß aus Quellenzeugniſſen darf beantworten wollen, ſonſt würde man z. B. manchen der Niebuhrſchen Forſchungen wenig Glauben beimeſſen können. Ich will hier nicht unterſuchen, ob ſich dies auch auf den vorliegenden Punkt anwenden läßt, ob nicht die Römer mit Nothwendigkeit darauf kommen mußten, die bonae fidei possessio und ihren Gegenſatz (der aber noch nicht immer malae fidei poss. iſt) als die beiden Hauptſpecies der ganzen Lehre zu unterſcheiden (ſ. d. vor. Note) und ob ſich dafür nicht ganz von ſelbſt die Terminologie von civilis und naturalis possessio ergab? —

Digitized by Google

sindlichen, gegen Alle außer dem wahren Eigenthümer, als den **fictus dominus** an, indem man die angefangene Usucapion als bereits vollendet betrachtete.

Was hiemit von der **possessio**, d. h. von dem Besitze einzelner körperlicher Sachen festgestellt ist, es fragt sich, ob man es auf die **bonorum possessio** d. h. den Besitz einer **universitas**, übertragen dürfe? —

Wenn uns einestheils die Gleichheit des Namens hierzu leicht verleiten könnte, (ein Punkt, der für Niebuhr die Veranlassung war, die Entstehung der ganzen **bon. poss.** aus der alten **possessio** am **ager publicus** abzuleiten [13]) — so tritt uns doch von der anderen Seite gleich im Anfange des Pandektentitels **de bon. poss.** eine Stelle mahnend genug entgegen, welche uns bei Vergleichungen der **possessio** mit der **bonorum possessio** wohl auf unserer Huth zu sein räth:

> **Fr. 3. §. 1. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis quam corporis possessio, denique et si nihil corporale sit in hereditate, attamen recte ejus possessionem agnitam, Labeo ait —**

Es versteht sich von selbst, daß Ulpian hier nicht von einer **juris** (sc. **in re aliena**) **quasi possessio** spricht, denn diese bezieht sich doch immer auf dingliche Rechte an einzelnen körperlichen Sachen. Ulpian sagt es ausdrücklich, daß sich die b. p. gar nicht direkt auf einzelne körperliche Sachen beziehe, sie soll ganz rein die possessio eines **jus**, offenbar des **jus heredis**, also des **Erbrechtes** sein [14]).

---

13) Niebuhrs Röm. Gesch. II. 173 ff, (der zweiten Ausg.) III. 37. — S. die Wiederlegung von Fabricius. S. 8 ff. und Danz Rechtsgesch. II. S. 45.

14) Hieraus sieht man, daß der materielle Begriff der b. p. ein noch ganz anderer ist, als Gewährung der Besitzergreifung für den heres (s. oben S. 97.), daß derselbe vielmehr erst beim successor klar hervortritt, indem die fictio des jus heredis, auf welche Labeo Alles stellt, meist beim wahren heres nicht mehr einzutreten braucht.

Das Resultat ist danach, daß Alles, was in der Lehre von der possessio mit ihrem Gegenstande zusammenhängt, auf die b. p. gar keine Anwendung leidet; daß also nur in Beziehung auf die übrigen Theile der Besitzeslehre überhaupt die Frage entstehen kann, ob sich davon bei der b. p. etwas Gleiches oder wenigstens Aehnliches finde. Nach dem bisher Gesagten ist dies in drei Punkte zu zerlegen.

1) Die possessio ist oben als factische Ausübung des Eigenthumsrechtes definirt worden. Wenn wir nun bei der b. p. den Gedanken an einzelne körperliche Sachen zu verbannen, und als ihren Gegenstand ein jus, nämlich das Erbrecht zu substituiren haben, so werden wir doch, da die b. p. immer noch eine possessio (im weiteren Sinn) sein soll, den übrigen Theil jener Definition beibehalten können. Wir dürfen sie also im Allgemeinen als die factische Ausübung des Erbrechtes auffassen. Darin aber liegt, ebensogut wie bei der possessio ein Eigenthümer vorhanden sein kann, der das interimische Recht des possessor zunichte machen darf, so auch hier ein wahrer heres zu denken ist, der dem einstweilig das Erbrecht Ausübenden mit stärkerem Rechte entgegen zu treten vermag.

Die erste Frage, wenn wir die Rechte des bonorum possessor kennen lernen wollen, muß also das Verhältniß betreffen, in dem er zu diesem ihm gegenüberstehenden heres zu denken ist.

2) Es ist vorher gezeigt worden, daß zu der possessio noch außer ihr liegende Momente hinzutreten können, welche sie zu einer justa machen, und so die Usucapionsbefugniß hervorrufen. Da wir nun aber im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die b. p. stets vom Prätor ertheilt wird, so erhebt sich in Folge einer Aeußerung des Paulus: juste possidet qui auctore Praetore possidet [15]) — die Frage, ob die b. p. ebenfalls, als justa possessio, eine Usucapionsbefugniß enthalten habe?

Jedenfalls muß dies zuerst in Bezug auf das jus here-

15) Fr. 11. de a. v. a. poss.

Digitized by Google

dis beantwortet werden, welches ja, wie Ulpian lehrt, der eigentliche Gegenstand der b. p. ist. Indeß, wenn hier, wie wir sehen werden, eine verneinende Antwort gegeben werden muß, so bleibt dann noch eine andere Frage übrig. Ulpian sagt nämlich in dem fr. 3. §. 1. cit. daß direct die b. p. keine **corporis possessio** sei, indem die Erbschaft gar nichts Körperliches zu enthalten brauche. Aber darin liegt doch, daß sie auch Körperliches in sich fassen könne, und bekanntlich ist dies ja der häufigste Fall. Es ist daher zu untersuchen, ob nicht wenigstens die b. p. in Beziehung auf das etwaige **corporale** in der Erbschaft eine Usucapionsbefugniß gewähre?

Kurz gefaßt sind also bei diesem zweiten Punkte die in der b. p., als einer **justa possessio**, liegenden Rechte zu erörtern.

3) Aus der ganzen Entwicklung der voraufgehenden beiden Kapitel geht hervor, daß der b. possessor als **fictus heres** aufgefaßt wird. Da wir nun so eben bemerkt haben, daß auch der **bonae fidei possesor** einer einzelnen Sache in Folge der **Publiciana actio** als **fictus dominus** behandelt wird, so könnte man darauf kommen, daß hier ein innerer Zusammenhang zwischen beiden Instituten vorläge. Indessen leuchtet ein, daß, wenn schon bei dem vorhergehenden Punkte sich beweisen läßt, daß in der b. p. keine Usucapion des **jus heredis** gelegen habe, auch die ihr inwohnende **fictio heredis** einen von Grund aus anderen Charakter haben muß, als die **fictio dominii** bei der **Publ. act.**, welche auf der vollendet gedachten Usucapion ruht. Und das wird denn auch die selbständige Erörterung der in der b. p., als einer **fictio heredis**, liegenden Rechte zur Genüge ergeben. —

In diesen drei Punkten, deren Wichtigkeit und Umfang freilich sehr verschieden ist, wird das gesammte Gebiet der objectiven in der b. p. enthaltenen Rechte erledigt sein, und wir sehen schon aus diesem Ueberblick, daß der Zusammenhang mit dem Institute der **possessio** nur sehr gering angeschlagen werden kann. Eben schon um dieses Resultates willen, mußten wir jene Grundzüge der Besitzeslehre voraussenden, welche uns aber auch noch in anderer Beziehung in der Folge von Nutzen sein werden.

Digitized by Google

I. Verhältniß des bonorum possessor zum heres.

1) Transitorische Fiction.

§. 36. Wir nehmen an, daß ein Civilerbe die ihm in einer bestimmten Frist deferirte bon. poss. nicht agnoscirt hat, und daß sie darauf in einer folgenden Klasse wirklich Jemandem ertheilt ist. Alsdann muß jenem heres, der mit seinem Civilrechte sich begnügen wollte, noch durchaus die Befugniß zustehen, dasselbe mittelst der her. pet. gegen den bon. possessor durchzusetzen, und so, freilich auf einem Umwege, wieder zur Erbschaft zu gelangen, welche er durch Einhaltung der ihm gesetzten Frist gleich als bonorum possessor hätte erlangen können.

Es ist dies Verhältniß oben bereits als ein Hauptpunkt bei der b. p. angegeben worden. Der Prätor wollte freilich nicht mehr von der Säumigkeit des heres abhängig sein, er wollte einen Anderen an dessen Stelle berufen können, aber dieses successive Eintreten eines non heres sollte das Recht des wahren Erben nicht, wie es die alte pro herede usucapio mit sich geführt hatte, vernichten, es sollte nur die transitorische Fiction eines heres gewähren, an den sich namentlich die Creditoren sogleich halten könnten.

Sehr natürlich mußte sich für diese, ganz dem Willen des Prätors gemäße Hinwegräumung des b. possessor durch die her. pet. ein technischer Ausdruck bilden. Man nannte es die b. p. sine re, welche Gaius III. 35—38 weitläuftig beschreibt, so daß ich durch Anführung seiner Worte aller weiteren Beispiele überhoben werde:

> Ceterum saepe quibusdam ita datur b. p., ut is cui data sit, non obtineat hereditatem: quae bon. poss. dicitur sine re, nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bon. possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Digitized by Google

Idem juris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bon. possessionem, contentus legitimo jure: nam et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, cum evinci hereditas a filio herede possit; et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. — Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.

Die Fälle, auf die Gaius hier zuletzt verweiſt, können wir hier noch nicht in Betracht ziehen, ſo wie wir ja ſchon in dem Angeführten ſehen, daß er über den Kreis der dem Civilrecht bekannten Klaſſen, von dem wir hier reden, hinausgeht. Indeß leuchtet ein, daß Gaius alle erwähnten Fälle als gleichartig behandelt, ſo daß alſo, was wir als Princip der b. p. sine re bei den civilen Erbklaſſen anzuerkennen haben, auch bei einer ſpäteren durch den Prätor bewirkten Vermehrung der ordines nicht verändert ſein kann.

Dieſes Princip nun, nach welchem die b. p. zur sine re wird, iſt folgendes:

jeder zu einer civilrechtlichen Klaſſe Gehörige geht einem bon. possessor vor, der aus einer ſpäteren Klaſſe, als in der Jener ſteht, die b. p. agnoscirt hat [1]).

Damit iſt indeß die Frage noch nicht entſchieden, welche Reihenfolge der Erbklaſſen hier die maaßgebende ſei, ob die civilrechtliche oder die prätoriſche? Und bekanntlich hat Hugo

1) Ulp. fr. XXIX. 13. — Bonorum possessio aut cum re datur, aut sine re, — sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit: veluti si suus heres intestati sit, bonorum possessio sine re est, quoniam suus heres evincere hereditatem jure legitimo possit. — Ebenſo iſt das Verhältniß zwiſchen einem heres und einem b. possessor, die in derſelben Klaſſe neben einander ſtehen, denn hier geht der heres dem bon. poss. in Beziehung auf ſeine Quote vor.

in seiner Doctordissertation dies dahin beantwortet, daß es auf die Ordnung des Prätors ankomme, was, nachdem es anfangs allgemein als richtig anerkannt war, neuerdings wieder angefochten ist.

Offenbar ist es für die anfängliche Zeit, in der die b. p. nichts als eine successio unter den civilrechtlichen ordines war, ganz einerlei, ob man sagt, der Prätor habe die Klassenordnung des Civilrechts oder seine eigene befolgt. Und dasselbe muß auch für die Zeit gelten, welche wir im Anfange des nächsten Buches darstellen werden, wo der Prätor supplendi jur. civ. gratia neue Erbklassen hinter den civilrechtlichen ordines aufstellte, denn der, welcher die b. p. zur sine re macht, muß doch immer ein vom Civilrecht Berufener sein. Es kommt hier also stets auf die civilrechtliche Reihenfolge der Klassen an, welche der Prätor noch immer vollkommen anerkennt. — Erst als er corrigendi jur. civ. gratia mit einigen ordines dem Civilrecht entgegentrat, scheidet sich die Reihenfolge, indem der Prätor nun den heredes, welchen er die neuen Klassen vorzog, nothwendig die her. pet. nicht mehr gegen Letztere zugestehen konnte, so daß sie also die ertheilte b. p. auch nicht mehr zur sine re zu machen vermogten. — Für diese ausgedehnteste Gestalt der b. p. ist es allerdings das Bequemste, das Princip der b. p. sine re mit Beziehung auf die Prätorische Reihenfolge der Erbklassen aufzustellen, obgleich freilich, abgesehen von den das Civilrecht corrigirenden Theilen der b. p., der Prätor seine eigene Reihenfolge nur deßhalb befolgte, weil sie die des Civilrechts war. —

Daß aber gegen dieses Princip nicht die Gründe vorgebracht werden dürfen, welche Fabricius es zu verlassen bewogen haben, ist bereits in meiner historia bonorum possessionis nachgewiesen worden, und davon wird auch noch in der Folge die Rede sein.

---

§. 37. Nach dieser allgemeinen Darstellung, wie die bonorum possessio zur sine re werden könne, müssen die einzelnen Folgerungen, welche sich aus dem Gesagten ableiten lassen, genauer ins Auge gefaßt werden:

Digitized by Google

1) Eine **bonorum possessio sine re** ist von Grund aus verschieden von den oben häufig erwähnten Fällen, wo die b. p. als **non data** angesehen wird [1]). Bei dieser Letzteren sind, wie das aus unserer früheren Ausführung genügend hervorgegangen sein wird, die Voraussetzungen und Präsumtionen nicht eingetroffen, mit denen der Prätor, wenn sein Institut ein practisch brauchbares sein sollte, nothwendig sich in vielen Punkten begnügen mußte. Aber das Zerfallen jener Präsumtionen mußte auch von selbst das Resultat herbeiführen, als wenn in diesem Falle eine b. poss. nie ertheilt worden wäre. — Bei der b. p. **sine re** dagegen ist gerade Alles erreicht, worauf der Prätor hauptsächlich ausging. Es ist eine Zeit lang ein **fingirter heres** vorhanden gewesen, der den Creditoren und Pontifen gegenüberstand, und es ist nun doch die Erbschaft an den wahren **heres** gelangt, so daß also das öffentliche und das Privatinteresse gleichmäßig ihre Befriedigung erhalten haben. — Da es aus dem innersten Wesen des Erbrechtes folgt, daß, sobald einmal das **jus heredis** feststeht, es nicht mehr von dem Berechtigten wieder abgetrennt werden kann [2]), so ergiebt sich auch, daß, nachdem eine **b. p. sine re** geworden, also der **heres** seine **her. pet.** durchgesetzt hat, natürlich nicht mehr von einer nochmaligen Ertheilung der b. p. an eine folgende Klasse die Rede sein kann [3]). Es wäre ein

1) S. oben §. 28.

2) Wie wir sagen: **semel heres, semper heres.**

3) Das allgemeine Princip ist, daß, wenn einmal eine **gültige** b. p. agnoscirt worden, sie keinem andern ordo mehr deferirt werden kann; fr. 42. §. 1. de bon. libert.; es ist dies jener in der vorigen Note angedeutete Satz des Civilrechts, den der Prätor auch für seinen fictus heres unbedenklich anerkennen mußte. Ja wir sehen ihn daran so streng festhalten, daß, wenn auch der bon. possessor aus **anderen** Gründen (d. h. nicht denen, welche die b. p. als non data erscheinen lassen) wieder wegfällt, doch von einer ferneren Delation der b. p. nicht die Rede sein kann. Fr. 2. de succ. ed.: **Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, quum prior ex propria parte possessionem accepisset. Nec ad rem pertinuit, quod abstinendi facultatem ob auxilium aetatis prior cognatus acceperat. Igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.** — Wenn hier sogar der

Digitized by Google

unnützes Spiel mit Rechtsinstituten, da noch einmal einen fingirten heres zu constituiren, wo der wahre bereits gefunden ist. Dagegen bei der b. p., **quae data non intelligitur**, muß, weil der Prätor noch nicht erreicht hat, was er mit der b. p. erlangen will, nothwendig die Delation auf den folgenden ordo übergehen.

Beide Arten, wie die b. p. vernichtet wird, lassen sich also in dem Verhältniß auffassen, in welchem das, **quod ab initio nullum est** zu dem steht, **quod sub conditione resolvitur.**

2) Hiermit steht ein anderer Punkt in enger Verbindung. Die b. p. **sine re** setzt immer einen mit der **hereditatis petitio** auftretenden Civilerben voraus, also einen wahren Erbschaftsproceß, während sie nicht daraus hervorgehen kann, daß man überhaupt weiß, es sei noch ein voranstehender Civilerbe vorhanden. Bei der b. p., **quae data non intelligitur**, muß man, wie oben erörtert ist, annehmen, daß eine jede ganz außer den Gränzen eines Processes dem Prätor gegebene Ueberzeugung des vernichtenden Grundes vollkommen genügte, ebensogut wie die Erlangung dieser Ueberzeugung vor dem Nachsuchen der b. p. überhaupt die Ertheilung derselben unmöglich machte.

3) Durch diese nothwendige Voraussetzung eines Erbschaftsstreites werden wir darauf geführt, auf die weiteren Wirkungen desselben, namentlich die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten noch specieller einzugehen.

Die **her. pet.** war, wie oben nachgewiesen ist, aus der älteren Gestalt der **pro her. usuc.** hervorgegangen. Weil die wichtigste Folge derselben war, daß dem **heres** dadurch sein Erbrecht entzogen wurde, so mußte es auch eine Klage geben, welche direkt auf Abwendung dieses Verlustes, also auf Anerkennung des klägerischen Erbrechtes von Seiten des Beklagten, gerichtet war, und nur mittelbar die Restitution der

---

Fiscus dem entfernteren Cognaten vorgeht, so muß doch gewiß der wahre heres, der die b. p. zur sine re gemacht hat, allen weiteren Graden der b. p. im Wege gestanden haben! — Die Entschiedenheit der Regel bestätigt sich auch durch die Art, wie in fr. 1. §. 1. ut ex legib. eine ganz anomale Ausnahme vorgetragen wird.

Digitized by Google

vom Bekl. beſeſſenen res hereditariae betraf. — Seit der zweiten Periode der pro her. us., als ſie noch eine Erwerwerbung der einzelnen Erbſchaftsſachen gewährte, trat nun eigentlich die hered. pet. in ein ſchiefes Verhältniß, indem das Erbrecht, auf welches ihre Intentio gerichtet iſt, jetzt gar nicht mehr durch den Beſitzer der res hereditariae verletzt wird. Es könnte alſo ſcheinen, daß man nun zu den einzelnen Vindicationen und perſönlichen Klagen hätte zurückkehren müſſen, welche vor Einführung der pro her. us. allein beſtanden hatten. Daß man indeſſen doch die einmal beſtehende Klage ganz mit ihrer bisherigen Natur fortleben ließ, dafür läßt ſich ein völlig hinreichendes praktiſches Bedürfniß nachweiſen.

Die einzelnen Vindicationen mußten, als es noch keine pro herede usucapio gab, genügend erſcheinen, da ein Verluſt der Erbſchaftsſachen durch die regelmäßige Uſucapion, wie das oben gezeigt iſt, nur ſehr ſelten vorgekommen ſein kann. Es war alſo der Erbe meiſt gar nicht durch kurzen Zeitablauf bei der Einforderung der Erbſchaftsſachen gedrängt, und ſo war kein Bedürfniß vorhanden, eine Univerſalklage an die Stelle der Cumulation einzelner Vindicationen treten zu laſſen, durch welche in Eins die Reſtitutionsverbindlichkeit aller vom Bekl. beſeſſenen Erbſchaftsſachen juriſtiſch feſtgeſtellt würde. Während der zweiten Periode der pro her. us. war dagegen dies Bedürfniß ein äußerſt dringendes. Es gab jetzt einen Weg, die Erbſchaftsſachen ohne eine durch justus titulus gerechtfertigte bona fides in ſein Eigenthum zu bringen. Es geſchah dies in der kurzen Zeit eines Jahres. So konnte man alſo bloß dadurch, daß man die Sachen dem heres in dieſer Friſt geheim hielt, denſelben um ſein Eigenthum bringen, ja das Gebiet der pro her. us. ging noch weiter, ſie befreite auch den in einem Jahre nicht zahlenden Schuldner. Es mußte ſehr häufig vorkommen, daß der Erbe die einzelnen Sachen gar nicht benennen, die Schuldpoſten nicht ſpecificiren konnte, welche ihm irgend Jemand vorenthielt, daß er alſo keine Singularvindicationen und perſönliche Klagen gegen ihn anzuſtellen vermogte, und ſo würden ihm alſo nach Ablauf des Jahres dieſe Theile der Erbſchaft ohne Rettung verloren geweſen ſein.

Die her. pet. bot hier die von ſelbſt ſich ergebende Aus-

Digitized by Google

hülfe, und so kommt es, daß wenn auch das, worauf sie eigentlich gerichtet ist, gar keiner gerichtlichen Verfolgung mehr bedurfte [4]), man sie dennoch auch in der zweiten Periode der **pro herede usucapio** unverändert fortbestehen ließ. Der eigentliche Zweck, um dessentwillen man die **her. pet.** anstellte, war nun allerdings Herausgabe des zur Erbschaft Gehörigen, aber weil das oft nicht vom Kläger angegeben werden konnte, ließ man (gleichsam als **incerta intentio**) denselben noch ebenso wie bisher Anerkennung des Erbrechts fordern, woraus von selbst das folgte, was der Kläger im Grunde erlangen wollte, nämlich die Herausgabe alles zur Erbschaft Gehörigen, mogte nun der Kläger gewußt haben, daß es sich beim Bekl. befinde oder nicht. — Jetzt trennen sich also die eigentliche wahre Intention des Klägers und das juristische Gewand, in welches sie gekleidet ist. Jene, um besser realisirt werden zu können, ist zu einer Folgerung aus dem juristischen Gegenstande der Klage herabgesunken.

Wie nun ist diese Restitution der Erbschaft von Seiten des Bekl. zu beschaffen? Darf hiebei ein Unterschied der Haftverbindlichkeit für den **bonae** und **malae fidei possessor** angenommen werden?

Offenbar muß für die zweite Periode der **pro herede usucapio** dasselbe geantwortet werden, was für deren erste Periode galt. Da in Folge der Rechtsregel es einem Jeden frei stand, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, so lag darin schon die nöthige **bona fides**, also es konnte nicht weiter darauf ankommen, ob der Besitzer (fälschlich) glaubte, er sei Erbe oder nicht. Der Unterschied von **pro herede** oder **pro possessore possidens** kann sich immer nur auf das verschiedene Vorbringen des Bekl. im Proceß bezogen haben, was aber auf dessen juristische Stellung keinen weiteren Einfluß äußerte. Erst als die **pro her. us.** ihre dritte Periode

4) Dadurch unterscheidet sie sich also jetzt wesentlich von der Singularvindication, welche nothwendig auf Anerkennung des Eigenthums (**rem meam esse**) gerichtet sein muß, weil von Seiten des Bekl. ein Usucapionsbesitz vorhanden sein kann, der nur dadurch, daß der Bekl. das Eigenthum des Klägers anerkennt, unschädlich gemacht wird.

Digitized by Google

begann, d. h. seit dem Hadrianschen Sct. [5]), welches die Revocabilität der pro her. usuc. durch die her. pet. bestimmte, erst jetzt konnte sich der Besitzer nicht mehr damit entschuldigen, daß die Besitznahme der Erbschaftsgüter einem Jeden erlaubt sei, es mußte also nun der Unterschied von Bedeutung werden, ob er in anderer Weise seinen Besitz rechtfertigen könne oder nicht, ob er also bonae oder malae fidei possessor sei. Es wurde dies zuerst in dem s. g. Juventianischen Sct. [6]) in Beziehung auf einen einzelnen Fall ausgesprochen, aber da jenes andere Sct. mit Nothwendigkeit darauf führte, so war es sehr natürlich, daß die Wissenschaft sich der darin enthaltenen Principien bemächtigte, und, durch Anwendung derselben auf jede her. pet., dieser eine vielfach andere Gestalt gab [7]). Leicht erklärlich ist es dabei, daß man jetzt den bisher in anderer Bedeutung gebrauchten Ausdrücken: pro herede und pro possessore possessor den Sinn von bonae und malae fidei possessor beilegte, und jedenfalls mußte der b. possessor zu den pro herede possidentes gerechnet werden [8]), während er bisher vielleicht gar nicht oder wenigstens in ganz anderem Sinne mit diesem Ausdrucke bezeichnet worden war [9]).

---

5) Gai. II. 57.

6) Fr. 20. §. 6. de her. pet.

7) Es wird vielfach angenommen, daß dies s. g. Juventianische Sct. mit jenem von Gaius erwähnten eins und dasselbe sei. (S. Arndt's Beiträge I. S. 81. Note 146). Möglich ist diese Ansicht allerdings vollkommen, da beide im Principe genau zusammenhängen. Aber sie ist auch nicht nöthig, und die Sache bleibt dieselbe. Freilich muß man wohl, wenn man zwei verschiedene Scta annimmt, das von Gaius erwähnte aus dem im Text angegebenen Gründen für das frühere halten, obgleich sich auch umgekehrt die Sache sehr gut erklären läßt. — Daß es zwei Scta gewesen, dafür spricht, daß einestheils in fr. 20. §. 6. cit. des Sct. vollständig mitgetheilt zu sein scheint („verbis ejus relatis") und anderntheils würde Gaius wohl nicht so allgemein sagen: Sctum factum est, ut tales usucapiones revocarentur, wenn dasselbe, von einem singulären Fall sprechend, erst von den Juristen auf alle hereditatis petitiones ausgedehnt worden wäre.

8) Fr. 11. pr. de her. pet.

9) Es ist nicht Einer, qui putat se heredem esse, sondern qui dicit se loco heredis (pro herede) possidere.

Digitized by Google

Aus dem Gesagten geht hervor, daß vor dem Hadrianschen Sct. die Restitutionsverbindlichkeit des b. possessor durchaus unter denselben Regeln stand, als die eines jeden pro herede Usucapirenden; welches aber diese Regeln gewesen seien, ist für uns sehr schwer zu bestimmen, da die Erörterung unserer Quellen durchgehends das neuere Recht nach dem Sct. im Auge hat. Was sich davon noch construiren läßt, ist in der trefflichen, schon öfters angeführten Abhandlung von Arndts ausgeführt, (S. 60—75) auf welche ich daher hier verweisen kann.

Daß die her. pet. außer auf die noch vorhandenen Erbschaftssachen auch bereits auf Restitution des Preises für veräußerte Sachen, der Früchte, und auf Ersatz des durch wahren dolus verursachten Schadens ging, sehen wir aus der Art, wie Ulpian die Interpretation des Sct's. einleitet [10]). Und außerdem hatte der possessor Sponsion zu stellen, daß er sich gehörig auf den Streit einlassen wolle, — wo nicht, so wurde der Besitz mittelst des Int. quam hereditatem auf den Kläger übertragen [11]). Hiervon wird gerade, wie schon Huschke bemerkt [12]) jenes zweite Kapitel im Prätorischen Edict: si possessor sponsionem von faciet gehandelt haben, welches gleich auf das erste die verschiedenen Klassen enthaltende Kapitel: si de hereditate ambigitur folgte, und das dann Verres,

---

10) Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, et de distractis rebus hereditariis, et de dolo praeterito, et de fructibus, de quibus, quum forma Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Scti interpretationem facere. — Offenbar ist mit den Worten: de dolo praeterito nicht jeder pro herede Usucapient gemeint. Vergl. außerdem des Labeo, Cassius und Proculus Ansichten in fr. 18. pr, 31. §. 5. und 36. pr. de her. pet.

11) Davon spricht das bekannte von Endlicher neuerdings entdeckte Fragment aus Ulpians Institutionen: Quaedam interdicta sunt tam adipiscendae, quam reciperandae possessionis, qualia sunt interdicta: quem fundum et quam hereditatem, nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec lis defendatur, cogitur is ad me transferre possessionem, sive nunquam possedi, sive antea possedi, deinde amisi possessionem.

12) Richterſche Jahrb. 1839. S. 10.

Digitized by Google

wie oben gezeigt ist, mit diesem vorhergehenden Titel zusammengeworfen hatte (s. §. 24. hinter Note 12). Wenn dem so ist, so charakterisirt sich dadurch die ursprüngliche Absicht des Prätors bei Ertheilung der b. p. vollkommen, indem er gleich nach Festsetzung der Klassen zuerst vom Falle der b. p. **sine re** spricht. Denn er ging ja gerade darauf aus, daß trotz dieser transitorischen Fiction eines heres, dennoch der wahre Civilerbe auf Umwegen sollte zur Erbschaft gelangen können.

4) Ebenso gut wie der Bekl. dem Kläger Sponsion zu leisten hatte, so scheint auch dem Kläger gegen den Bekl. eine Cautionsstellung obgelegen zu haben. Mir ist dies aus einem Ciceronischen Briefe wahrscheinlich geworden.

Cicero schreibt an den Servius (ad div. XIII. 28.):

> **Sed duo quidem te nominatim rogo: primum ut si quid satisdandum erit: amplius eo nomine non peti, cures, ut satisdetur fide mea. Deinde quum fere consistat hereditas in iis rebus, quas avertit Oppia, quae uxor Mindii fuit: adjuves ineasque rationem, quemadmodum ea mulier Romam perducatur. Quodsi putarit illa fore, ut opinio nostra est, negotium conficiemus. Hoc ut assequamur, te vehementer etiam atque etiam rogo.**

Die beiden Bitten, welche hier Cicero an den Servius richtet, müssen wohl, wie das die ganze Wortfassung mit sich bringt, eine und dieselbe Sache betroffen haben. Cicero sagt selbst **negotium conficiemus**, also das Ganze muß doch ein und dasselbe Geschäft gewesen sein.

Wenn wir dies annehmen, so läßt sich folgender Fall construiren. Mindius ist gestorben, und seine Frau Oppia hat den größten Theil seiner Erbschaft, als pro herede Usucapientin in Besitz genommen. Diese Erbschaft soll jetzt von ihr abgefordert werden, und Servius sie bewegen, um dieses Processes willen nach Rom zu kommen (von wo aus Cicero schreibt). Vor Anstellung dieser her. pet. bedarf es aber der satisdatio: **amplius eo nomine non peti**; und aus den Worten läßt sich ungefähr ableiten, was der Sinn dieser zum Schutz des zu Belangenden bestellten Caution gewesen sei.

Die her. pet. geht auf Anerkennung des klägerischen

Erbrechtes und danach auf Herausgabe der Erbschaft. Aber der Bekl. will auch, wenn diese Restitution beschafft ist, liberirt sein, er will nicht (so weit er nicht durch offenbare Verschuldung verantwortlich wird) durch die Besitznahme der Güter positiv ärmer werden. Davor muß ihn der Kläger schützen, er muß dem Bekl. namentlich caviren, daß nicht etwa noch ein anderer Kläger später auftrete, der ein besseres Erbrecht beweist, und nun vom Bekl. die Erbschaft fordert, welche er unbefugterweise einem Dritten herausgegeben habe.

5) Aus der bisherigen Darstellung der **b. p. sine re** läßt sich nun noch ein Punkt erklären, der bisher vielfache Bedenken erregt hat. Wenn es richtig ist, was wohl nicht bezweifelt werden darf (s. oben Note 3.), daß der Prätor keine **b. p.** mehr ertheilte, sobald bereits eine früher agnoscirte durch Anstellung der **her. pet.** zur **sine re** geworden war, so kann es uns auch nicht Wunder nehmen, wenn wir finden, daß der Prätor sie ebenfalls nicht mehr gab, sobald es schon vollkommen feststand, daß sie zur **sine re** werde gemacht werden. In Folge des von uns aufgestellten Princips muß dies vielmehr als etwas sich von selbst Ergebendes erscheinen, indem es danach vorzüglich die Absicht des Prätors war, einestheils den **heres** sobald als möglich antreten zu lassen, und anderntheils nur, wo dieser zögerte, zu der Constituirung eines **fictus heres** zu schreiten. Wenn also der wahre **heres** sogleich die **hereditatis aditio** vornahm, so war ja eingetreten, was der Prätor erreichen wollte, und sollte es hier nicht ebenso ein unnützes Spiel mit Rechtsinstituten gewesen sein, wenn er nun doch noch dem folgenden **ordo** die **b. p.** gegeben hätte, wie dies anzunehmen ist, wenn einer frühern zur **sine re** gewordenen **b. p.** noch eine andere gefolgt wäre?

Man wolle mir hier nicht meine eigenen früheren Worte einwerfen (§. 19. im Anfang) daß der Prätor die civilrechtliche **her. aditio** für sein Institut nicht für genügend habe erkennen können, sondern daß er eine vor seiner (des Prätors) Person vorgenommene Erbschaftsantretung habe verlangen müssen. — Allerdings war dies als die Regel nothwendig hinzustellen, weil darin allein das Mittel lag, daß der Prätor es sicher erfuhr, der **heres** habe den entschiedenen Willen, sich

Digitized by Google

der Erbschaft anzunehmen [13]). Aber es ist eben die Frage, wenn auf andere Weise es dem Prätor sicher bekannt geworden war, der berufene heres habe sich bereits der Erschaft angenommen, ob er dann nicht von jener Formalität, daß der Erbe nochmals vor seiner Person die her. ad. vornähme, abgesehen habe? Es wäre allerdings möglich, daß er an der einmal verlangten Formalität streng festgehalten, aber soll man es nicht dem Geiste des Prätorischen Edicts für weit gemäßer halten, daß, wo bereits feststand, was der Prätor erreichen wollte, er nun auch nicht mehr an leeren Formen klebte? — So kann man auch nicht entgegnen, daß alsdann der Prätor, wenn er wußte, es sei ein suus vorhanden, nie den folgenden Graden eine b. p. habe geben können, weil ja beim suus keine weitere Antretung nöthig sei. — Dieser suus konnte sich noch immer den Creditoren entziehen wollen, er konnte ein beneficium abstinendi erbitten, es lag also sein entschiedener Wille, sich der Erbschaft anzunehmen, noch nicht vor; und so konnte auch der bloße Umstand, daß ein suus vorhanden sei, den Prätor noch nicht verhindern, die b. p. weiter zu deferiren.

Dagegen wenn der suus sich immiscirt hatte [14]), und dies dem Prätor bekannt war, so stand er nun dem extraneus heres, welcher angetreten hat, vollkommen gleich, und wenn in dem letzteren Fall der die Antretung wissende Prätor die weitere Ertheilung verweigerte, so muß er es auch in jenem ersteren gethan haben.

Es mag Manchem das hier Gesagte nicht einleuchten wollen, weil Alles dabei auf das Wissen oder Nichtwissen

---

13) Hierdurch läßt sich erklären, daß die b. p. auch durch Stellvertreter agnoscirt werden kann. Fr. 2. §. 7. de b. p. Der Prätor wollte nur sicher erfahren, daß der heres die her. aditio vorgenommen habe. Diese liegt aber schon in der Erklärung an den Stellvertreter, der sie dann also auch dem Prätor hinterbringen konnte. Und was so für den wahren heres galt, mußte natürlich auch für die gelten, welche heredes sein würden, wenn Jener nicht vorhanden wäre; mit andern Worten, die Agnition durch Stellvertreter mußte allgemeine Regel der b. p. werden.

14) Oder in dem fr. 12. pr. de interrog. in jure erwähnten Falle.

des Prätors gestellt ist, weil also nicht bloß von juristischen Regeln, sondern von factischen Verhältnissen und den zufälligen Erkundigungen des Prätors das Ertheilen oder Nichtertheilen der b. p. abhängig gemacht wird. Und doch ist man gewöhnt, die b. p. als ein Institut anzusehen, welches ganz abgesondert vom Civilrecht bestanden und darauf nur Rücksicht genommen habe, wenn der heres mit der her. pet. aufgetreten sei, als ein Institut, welches auch in sich selbst unter genaue juristische Regeln gebracht sei, so daß dabei eine dem Prätor von außen her gebrachte Kunde gar keine Wirkung habe äußern können, und wohl oft der Fall möglich gewesen sei, daß in Folge jener Regeln der Prätor etwas thun mußte, bei dem er schon vorher einsah, er thue etwas Unnützes.

Allein man möge wohl prüfen, ob dieser von der heutigen Stellung unserer Richter entlehnten Anschauung [15]) in der Römischen Welt ein Platz anzuweisen sei. Der Prätor verfährt bei den Ertheilungen der b. p. nicht innerhalb der Schranken eines Processes, er will die Erbschaftsangelegenheiten so bald und so passend als möglich in Ordnung bringen, und er denkt sich dabei keineswegs als außer dem Gebiet des Civilrechts stehend. Nur wo in Einzelnem es ihm nicht genügend scheint, geht er wohl davon ab, aber im Ganzen versteht es sich von selbst, daß er sich, wo kein Grund zur Abweichung vorliegt, demselben durchaus unterzuordnen hat, da es einmal das positive Recht im Staate ist.

Soll sich nun der Prätor durch selbstgeschaffene Regeln so den Weg verbaut haben, daß, was nach Civilrecht bereits in Wirksamkeit getreten war, und was er selbst gerade befördern wollte, er dafür nur noch weitere unnütze Formalitäten fordern mußte, daß er — da doch von einem Proceß und processualischen Beweisregeln hier nicht die Rede ist — dennoch sich nach bestimmten formellen Regeln zu richten hätte, und seine Kenntniß von der Lage der Erbschaftsangelegenheit nicht zu deren baldigen Feststellung benutzen durfte?

Es wird schon aus unserer obigen Entwicklung der b. p.

---

15) „Quod non est in actis, id nec est in mundo.“

Digitized by Google

secundum tabulas eingeleuchtet haben, daß für die Ertheilung und das Hinwegfallen derselben die beim Prätor vorhandene Kenntniß von Vernichtungsgründen des Testaments von entscheidender Wichtigkeit war. Hier haben wir einen ähnlichen Fall vor uns, der freilich durch jene Gestalt der secundum tab. b. p. noch nicht bewiesen wird, weil er damit überhaupt nicht zusammenhängt, dem aber doch, durch Anführung eines ähnlichen Falles, die dagegen herrschenden Vorurtheile vorweggeräumt werden können. —

Nun erst soll die Stelle angeführt werden, um derentwillen Alles Bisherige vorausgeschickt ist:

> Fr. 2. si tab. test. nullae. (38. 6.) — Emancipatus praeteritus, si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem, sua culpa amittit paternam hereditatem; nam quamvis secundum tabulas bon. poss. petita non fuit, non tamen Praetor eum tuetur, ut bon. possessionem accipiat unde liberi. Nam et patronum praeteritum, si non petat contra tabulas b. possessionem, ex illa parte edicti, unde legitimi vocantur, non solet tueri Praetor adversus scriptos heredes.

Hugo bemerkt zu dieser Stelle[16]), daß es doch nicht wahrscheinlich sei, der Prätor habe die b. p. verweigert, wo sie wegen der hereditas offenbar nichts half. Aber diese vorausgesetzte Unwahrscheinlichkeit glaube ich im Bisherigen wankend gemacht zu haben; und was nun die Worte selbst betrifft, so gebe ich gern zu, daß sie nicht nothwendig meine Vermuthung bestätigen, wenn man nämlich „ut“ in dem Sinne von utut nimmt; indeß räumt doch auch wieder Hugo ein, daß Julian allerdings „etwas Besonderes“ damit gemeint haben könne.

Wenn wir nun aber nicht mehr gegen eine Unwahrscheinlichkeit zu kämpfen haben, und im Gegentheil vielleicht Gründe der Wahrscheinlichkeit für unsere Vermuthung anzuführen ver-

---

16) R. G. S. 606. Note 2.

d by Google

mogten, so ist es dann doch das Natürlichste, daß wir das Wörtchen ut in seiner gewöhnlichen Bedeutung nehmen. Damit enthielte denn unsere Stelle die vollkommene Bestätigung unserer Ansicht, daß der Prätor, wenn die voraufgehende Civilerbklasse auch nur die **hereditatis aditio** vorgenommen hat, und, versteht sich, dem Prätor dieses Faktum sicher bekannt ist, er nicht weiter noch der folgenden Klasse eine **b. p.** ertheilt, weil sie doch jedenfalls **sine re** werden würde.

Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß ich nun nicht Stellen, wie **Gai. III. 36.**, als Gegenbeweis gelten lassen kann, wo von einer gar nicht, oder nicht sicher zur Kenntniß der Prätors gelangten **hereditatis aditio** die Rede ist, welche denn natürlich die weitere Ertheilung der **b. p.** nicht zu hindern vermag. —

---

2) Definitive Fiction.

§. 38. Wenn wir die **b. p. sine re** voranstellen mußten, weil gerade sie sich zuerst aus dem Einführungsprincipe der **b. p.** ergiebt, so liegt doch darin ein anderer ihr entgegengesetzter Fall, der, wenn auch der Prätor nicht direkt darauf ausging, doch einen seinem Willen durchaus entsprechenden Nebenpunkt enthält.

Wir können uns nämlich denken, daß außer dem **b. possessor** allerdings noch ein in früherer Klasse vom Civilrecht Berufener vorhanden ist, dieser aber aus verschiedenen Gründen die **hereditatis aditio** gar nicht vornimmt, so daß also auch nicht durch Anstellung einer **her. pet.** die **b. p.** zur **sine re** werden kann [1]). Da hier der Einzige, welcher das Recht des **b. possessor** vernichten könnte, wegfällt, so muß nothwendig ein

---

1) Offenbar steht dem der andere Fall gleich, wenn der vom Civilrecht Berufene auf gleicher Stufe mit dem b. possessor steht, denn dann könnte er immer, wenn er anträte, Jenem wenigstens zu seiner Quote die Erbschaft abfordern. Man wird es nicht mißverstehen, wenn ich der Kürze halber nur von jenem im Texte angegebenen Falle sprach.

Digitized by Google

ähnliches Verhältniß entstehen, als wenn der b. possessor selbst zugleich der wahre heres, also überhaupt nie Jemand vorhanden gewesen ist, der die her. pet. mit Erfolg gegen ihn anwenden kann.

Beide Fälle bezeichnen daher die Römer durch denselben technischen Ausdruck. Es heißt die b. p. sei cum re, also sie gewähre ein wahres dauerndes Recht am Vermögen [2]). Wenn der b. possessor zugleich heres ist, so steht ihm dies dauernde Recht offenbar nicht deßhalb zu, weil er bonorum possessor, sondern weil er heres ist; und wir können überhaupt diesen Fall für die Folge, nach dem im §. 35 Gesagten, ganz außer Acht lassen. Nur einen Schluß haben wir hier noch daraus zu ziehen: Da ihm dies dauernde Recht nur in Folge seines Civilrechtes zusteht, so ergiebt sich von selbst daraus, daß überhaupt die Verleihung eines solchen dauernden Rechtes nicht im Begriff der b. p. liegen kann; ein

---

2) Daß res hier soviel heißt als Vermögen, unterliegt keinem Zweifel. S. Hugo R. G. S. 610. Note 3., und danach liegt es schon im Worte, daß damit alle Fälle bezeichnet sein müssen, wo der b. possessor dauernd das Vermögen erhält, also nicht bloß wenn der b. possessor selbst heres ist, sondern auch wenn der vor ihm vom Civilrecht Berufene ohne anzutreten hinwegfällt. (Wenn Hugo a. a. O. diesen letzteren Fall nicht erwähnt, so geschieht es wohl nur, weil er als sich von selbst verstehend angenommen wird). Gerade weil alle beide Fälle darunter gehören, finden wir in unseren Quellen eine so weite Definition der b. p. cum re. — Gai. II, 148. 149. „si modo „possunt hereditatem obtinere (behalten), habebunt b. „possessionem cum re.“ — „si vero nemo sit alius jure civili „heres, ipsi retinere hereditatem possunt.“ — Ulp. XXIII. 6. „quam b. p. cum re, id est cum effectu, habet, „si nemo alius jure heres sit.“ — XXVIII. 13. „cum re, quum „is, qui accepit, cum effectu bona retineat.“

Bei dieser Wortfassung brauchte Ulpian wohl nicht zu fürchten, daß unter dem Ausdrucke cum effectu (welchen ihm Hugo vorzuwerfen scheint) nicht auch die b. p. sine re mit verstanden werden könnte, welche, wie wir gezeigt haben, als völlig gültig ertheilt angesehen wird, namentlich auch das Int. quor. bon. gewährt, aber dann durch die her. pet. wieder vernichtet wird, so daß, wie Gaius im Gegensatz des obtinere hereditatem (des dauernden Behaltens) sagt,: avocatur ab iis hereditas.

Schluß, der ebenso auch aus der vorher dargestellten b. p. sine re folgt, welche doch auch eine wahre b. p. ist, ohne eine dauernde Uebertragung der Erbschaft zu enthalten.

Gehen wir nun genauer auf die Erörterung des anderen Falles der b. p. cum re ein, wo der b. possessor nicht zugleich heres ist, wo aber der vom Civilrecht Berufene durch Tod, Verzicht oder Verlust der testamentifactio vor der Erbantretung hinweggefallen ist, ohne daß ein Anderer vom Civilrecht an dessen Stelle berufen wurde. Da hier Niemand mehr vorhanden ist, der dem b. possessor die Erbschaft abfordern kann, so bleibt er also der fingirte Herr derselben, aber diese Fiction ist nicht mehr eine interimistische, sie ist eine definitive geworden. So kommt es, daß demselben das natürliche Eigenthum, welches bei den Römern neben dem ex jure Quiritium aufkam, an den Erbschaftssachen zugestanden wurde, wie uns das Gaius ausdrücklich angiebt: (III, 80.)

> Neque (tamen) bonorum possesses(orum neque bonorum emtorum eae res) [3] pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usucapiuntur [4].

Es ist wichtig, dieser Verknüpfung des in bonis mit der bonorum possessio noch genauer nachzugehen. Freilich wird dadurch ein wenn auch nur kurzer Ueberblick über die ganze Lehre vom getheilten Eigenthum nothwendig, was an und für sich außer den Gränzen dieses Werkes liegt. Aber indem nur dadurch der Zusammenhang der b. p. mit anderen Rechtsinstituten klar gemacht werden kann, so ist er doch etwas für das völlige Verständniß unseres Instituts durchaus Unentbehrliches. Es wird mir auch hier nicht verargt werden können, daß ich

---

3) Nach Huschke's Restitution.

4) Gaius kann nur an den Fall gedacht haben, von dem wir hier gerade sprechen. Denn bei der b. p. sine re ist auch nicht einmal ein in bonis vorhanden, und bei jenem ersten Fall der b. p. cum re wird die Erbschaft gleich ex jure Quiritium erworben. Es bleibt also nur dieser zweite Fall der b. p. cum re, wo der b. possessor nicht heres und doch nicht mit der her. pet. zu belangen ist, übrig.

Digitized by Google

bei dem, was ich zu Anknüpfungspunkten gebrauchen muß, nur so kurz wie möglich das mir richtig Scheinende darstelle, und mich auf eine Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten weniger einlassen werde. Die Sache muß für sich selbst sprechen, und ich glaube allerdings, daß dabei noch neue Punkte hervorzuheben waren, welche für die Erkenntniß des Ganzen nothwendig sind.

§. 39. I. Es hat bei den Römern eine Zeit gegeben, wo es nur ein einziges Eigenthum gab [1]). Diese Zeit muß für uns die erste Periode sein, aus der dann erst in einer zweiten die Entstehung des getheilten Eigenthums abgeleitet werden kann.

Die Frage, in welchen Fällen dies einzige **dominium ex jure Quiritium** vorhanden gewesen sei, fällt mit der über die Eigenthumserwerbarten zusammen. Wir wollen dieselbe unter eine Eintheilung bringen, von der es nachher gerechtfertigt werden wird, daß sie auch schon nach der Ansicht der Römer wesentlich verschiedene Gesichtspunkte für die einzelnen Eigenthumserwerbarten dargeboten habe.

A. Es giebt gewisse Fälle, in denen das Eigenthum an Sachen erworben wird, welche nicht vorher Eigenthum eines Anderen waren, so daß nicht der Erwerb von der einen, den Eigenthumsverlust von der anderen Seite mit sich führt. Man nennt sie die originären Erwerbarten, und es leiten die Römer dieselben aus der **naturalis ratio** ab, da die Sachen, welche noch keinem Römischen civis gehört haben, also eigentlich noch außer dem Rechtsgebiet liegen, unmöglich mit civilrechtlichen Formalitäten, sondern nur durch solche Handlungen ins Eigenthum gebracht werden können, in denen die

---

1) **Gai. II. 40. Sequitur ut admoneamus apud peregrinos unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intellegatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur, aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus, sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere.**

natürliche Anschauungsweise einen Eigenthumserwerb findet, Handlungen also, die auch bei anderen Völkern ebensogut wie bei den Römern vorkommen können, und mithin ins jus gentium gehören. Indessen wird sich bei allen diesen Fällen nachweisen lassen, daß sie von Anfang an ein dominium ex jure Quiritium erzeugt haben, was offenbar noch keinen Gegengrund darin findet, daß sie Theil des jus gentium sind [2]).

Sie sollen hier in der Art und Ordnung angegeben werden, wie sie Gaius II. §. 66—80. vorträgt:

1) Die occupatio, d. h. die Besitzergreifung einer Sache, welche bisher noch gar keinen Eigenthümer (also omnia, quae terra, mari, coelo capiuntur) oder doch einen vom Römischen Staat nicht anerkannten Herrn hatte, (occupatio bellica). — Anderes erwähnt Gaius bei der occupatio nicht, und es wird sich in der That unten zeigen, daß die übrigen Punkte, welche wir zu derselben zählen, von den Römern ursprünglich unter ganz anderen Gesichtspunkten aufgefaßt sind, wodurch denn auch die ganze Lehre von dem in bonis ein neues Licht gewinnt.

Fangen wir mit der occupatio bellica an, so werden wir von Gaius [3]) darauf hingewiesen, daß man sie für die sicherste Erwerbart des justum dominium gehalten habe; und dies justum dominium kann doch nach Analogie von justum matrimonium nur das dominium ex jure Quiritium sein. Die Bemerkung, daß diese Gajische Aeußerung nur eine

---

2) Fr. 6. de just. et jure. Jus civile est, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit. — Also dies können ja gerade Theile des jus gentium sein, welche das Civilrecht von Anfang anerkannte. — Und ferner beweist nun auch der Grund, daß die traditio ebenso wie die originären Erwerbarten aus der naturalis ratio hervorgehe (Gai. II. 66.), noch keineswegs, daß deßhalb sie auch in gleicherweise dominium ex jure Quir. begründe. Vielmehr werden sich unten dafür ganz andere Gesichtspunkte ergeben.

3) IV. 16 — festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam justi dominii; maxime enim sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta proponitur.

Digitized by Google

den Römiſchen Kriegsruhm erhebende Phraſe ſei [4]), wird wohl wenige Anhänger finden. Sollten etwa die Centumvirn, welche ſich „den Speer als Zeichen des rechten Eigenthums“ erwählten [5]), denen gerade die Proceſſe über das **dominium ex jure Quiritium** Haupttheil ihrer Competenz waren, ſollten ſie ſich ein Sinnbild von einem bloß natürlichen Eigenthum hergenommen haben, welches zu der Zeit, als die Centumvirn eingeführt wurden, noch gar nicht beſtand?

Und was nun den Hauptgrund betrifft, der immer wieder zur Vertheidigung der Anſicht, es habe die **occupatio** kein **justum dominium** gewährt, angeführt wird, ſo iſt es der, daß die Beute ſtets habe abgeliefert werden müſſen, alſo ſei das wahre Eigenthum erſt durch die Vertheilung oder den öffentlichen Verkauf entſtanden. Dieſer aber ſcheint mir wenig haltbar. — Wenn nicht die Gewinnung durch die Waffen, ſondern die Vertheilung das rechte Eigenthum gewährte, wie konnte denn von den Centumvirn die Waffe als Zeichen dieſes rechten Eigenthums aufgeſtellt werden? — Und ferner ſoll der Einzelne, der, wie es ſo oft vorkommt, in den Zweikampf auszieht und den Feind beſiegt, ſoll er an der heimgebrachten Beute, abgeſehen von dem den Göttern zu Weihenden, erſt durch Adjudication des Staats Eigenthum erhalten haben? — Jener Satz der Vertheilung und des öffentlichen Verkaufs kann ſich nur auf die gemeinſame, durch eine Schlacht gewonnene Beute eines Heeres, und auf die Eroberungen eines ganzen Feldzuges beziehen; für jenen Fall des Zweikampfs, der doch wahre **bellica occupatio** enthält, ſcheint er mir gar keinen Sinn zu haben. Daß aber die gemeinſame Beute eines Heeres in einer Schlacht oder einem ganzen Feldzuge noch beſonderen Regeln unterworfen war, läßt ſich leicht erklären. Einestheils nämlich fallen gewiſſe Theile der Beute immer dem Staate zu, und dahin gehören namentlich der Grund und Boden, der erſt vom Staate zu ager **publicus** oder **privatus** vertheilt werden muß, und die gefangenen Men-

4) Puchta Inſtitutionen II. 593.

5) Puchta a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

schen, denn nicht dadurch, daß ein Mensch den Andern in seine factische Gewalt bekommt, wird nach altem Kriegsrechte Letzterer zum Sklaven, sondern erst dadurch, daß der Staat das Glied des fremden Staates nicht bei sich dulden zu wollen erklärt, also erst durch die **sub corona venditio**. Und auch von der übrigen Beute scheint dem Staat noch ein gewisser Theil zugefallen zu sein. — In Beziehung auf Alles Uebrige aber, was dem Staate nicht gehört, lag doch die Betrachtung sehr nahe, daß nicht bloß der Einzelne, der es erbeutete, daran ein Recht habe, daß andere Soldaten vielleicht viel mehr geleistet hatten, indem sie nicht mit Plündern die Zeit hinbrachten, und daß überhaupt sehr Vieles von gar keinem Einzelnen erbeutet, sondern nachher von dem Schlachtfelde aufgelesen wird.

Mußte diese Betrachtung nicht dahin führen, daß man das ganze Heer als den Gesammteigenthümer der Beute anzusehen habe, an welcher jedem Soldaten gleiches Recht zusteht? So gewinnt also die Vertheilung des Feldherrn den Charakter gleichsam eines **judicium communi dividundo** [6]) und man kann sie mithin nicht als die erste Verleihung des Eigenthums, sondern nur als die Sonderung des bisher **pro indiviso** vorhandenen **justum dominium** ansehen. —

Noch ein anderer Grund scheint mir für die hier vertheidigte Ansicht von entschiedener Wichtigkeit.

Das ganze Recht der **occupatio** ist, so wie das ihr entgegengesetzte **postliminium**, ein Ausfluß des allgemeinen Staatenrechts [7]) der alten Zeit. Es ist **jus commune**, wie es **fr. 6. pr. de just. et jure** nennt, und so erklärt sich, daß die Römer hier die Rechtsätze, die sie für sich gelten lassen, ebenso auch anderen Staaten zuerkennen [8]). Die Sache des Feindes

---

6) Der vertheilende Feldherr war gleichsam der arbiter. **Liv. V. 22.** „rem arbitrii sui." —

7) Dieser Ausdruck scheint mir passender, als der gewöhnliche: Völkerrecht.

8) **Festus v. postliminium. — Quae genera rerum ab hostibus ad nos postlimini(um)o redeunt, eadem genera rerum a nobis ad hostes redire possunt.**

Digitized by Google

erfreut sich ebensogut des **postliminium**, wie die des Römers. Nun aber wird doch Niemand zweifeln, daß sobald die Sache des Römers in des Feindes Gewalt kommt, Jener seines quiritischen Eigenthums verlustig geht. Wenn aber die **occupatio** nur ein **in bonis** gewährte, weßhalb sollte man denn nicht ein Fortbestehen des quiritischen Eigenthums angenommen haben, da doch beide nach der Römischen Theorie nebeneinander bestehen können? — Ebensogut wie man aber gleich völligen Verlust, muß man auch gleich völligen Erwerb des **dom. ex j. Q.** bei der Erbeutung angenommen haben.

Und sehen wir einmal ab von der **occupatio bellica**, soll denn auch bei dem Fangen eines Hirsches, eines Vogels, eines Fisches eine Vertheilung von Seiten des Staates angenommen werden? Oder sollen wir sagen, daß diese Verhältnisse, welche von Anbeginn des Römischen Rechtes vorkommen mußten, in der Zeit, wo es noch kein **in bonis** gab, gar kein Eigenthum an der gefangenen Sache gegeben hätten?

Ehr man nicht diese Frage genügend beantwortet hat, wird man auch nie bewiesen haben, daß die **occupatio** nur ein **in bonis** gewährt habe.

So werden wir also wohl annehmen dürfen, daß, wenn die Römischen Juristen von dem was **terra, mari, coelo capitur** und von der Beute sagen: **nostrum est**, oder **nostrum fit**, sie Veranlassung genug gehabt hätten, zu bemerken, es sei nur das **in bonis**, wenn es dies wirklich gewesen wäre, — und daß, da sie dies nicht thun, wir nur an das Eigenthum zu denken haben, auf welches allein die **Intentio: meum est**, anwendbar war, bei der ja auch Gaius den Zusatz: **ex jure Quiritium** als sich von selbst verstehend, wegläßt [9]).

---

9) IV. 92. sagt er: Petitoria formula haec est, qua actor intendit rem suam esse, — während er vorher im §. 45. das: ex jure Quiritium hinzusetzt. — Bei der traditio einer res mancipi hütet sich Gaius sehr wohl, zu sagen: naturali ratione nostrum fit. Wenn auch die Römer zu Gaius Zeit dem in bonis die Natur des Eigenthums beilegten, so, glaube ich, wird doch nie bewiesen werden können, daß sie darauf unbedingt den Ausdruck nostrum est oder meum est anwandten. Aus dem rein formellen, aber auch völ-

2) Die accessio. Alles was als res accessoria zu einer anderen Sache hinzutritt, gehört naturali ratione dem Herrn der Hauptsache, sie muß also auch in das dominium ex jure Quiritium treten, welches an der Hauptsache besteht. Entweder war die Nebensache vorher noch gar nicht vorhanden (wie die insula in flumine nata), oder sie ist wenigstens durch die Verbindung selbst ein ganz anderes Object geworden, so daß die Sache, welche früher als selbständige bestand, juristisch als gänzlich oder interimistisch untergegangen angesehen wird. Mithin enthält die accessio stets einen originären Erwerbsact.

Es wird nun freilich allgemein zugegeben, daß diese accessio civiles Eigenthum gewährt habe, weil es eine dem Civilrecht und dem jus gentium gemeinsame Erwerbart sei [10]). Aber es ist die Frage, ob darin nicht auch zugleich das Zugeständniß liegt, daß man die occupatio ganz ebenso als Theil des jus civile und gentium anzusehen habe? Denn wenn Gai. II. 69. sagt:

> Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt,

und dann gleich fortfährt:

> Sed et id quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit;

so scheint es doch den Worten Gewalt angethan, wenn hier noch eine Verschiedenheit des Eigenthumerwerbes angenommen werden sollte [11]).

Der Grund, den man hiergegen angeführt hat, scheint mir nicht haltbar [12]). Da die Sache durch die Accession Theil der

---

lig genügenden Grunde, weil die petitoria formula gerade diese Intentio hatte, und diese doch, wie wir sehen werden, für das in bonis nicht zulässig war. Wie leicht hätten aus einer solchen Terminologie Mißverständnisse hervorgehen können!

10) Fr. 2. de superfic. — aedium proprietas et civili et naturali jure ejus est, cujus et solum.

11) Nach dem in Note 9 Gesagten kann nicht eingewandt werden, daß Gaius auch die Tradition mit der Occupation zusammenstelle.

12) Puchta a. a. O S. 590.

Digitized by Google

Hauptsache werde, so beziehe sich beim Eigenthumsprocesse der Beweis gar nicht auf die Erwerbung der Accession, sondern der Hauptsache, deren Schicksale jene theile. — Allerdings ist der Hauptbeweis bei der Vindication auf das civile Eigenthum an der Hauptsache gerichtet, aber wenn man daneben noch Accessionen fordert, so muß doch ein civilrechtlicher Grund vorhanden sein, aus welchem sie zu Accessionen werden. Es bleibt dies immer noch ein selbständig zu denkender Nebenpunkt, indem, wenn das Civilrecht diesen Accessionsgrund nicht kennte, natürlich auch die Vindication der Hauptsache nicht darauf gehen könnte. Sollen nun aber die **acquisitiones juris naturalis** nur ein **in bonis** gewähren (was man ja für die **occupatio** festhält), so müssen doch auch jene Accessionen nur **in bonis** gewesen sein, und wenn sie auch, seit dem Bestehen des **dominium in bonis** mit der civilen Hauptklage gefordert werden konnten, so muß doch, als es noch kein **in bonis** gab, es auch jene Accessionsfälle noch nicht gegeben haben. — Wegen dieses Schlusses sagt denn Puchta, sie seien von Anfang an auch **jure civili** anerkannt gewesen, aber dann bleibt immer noch zu erklären, weßhalb nicht ebensogut die **occupatio** von Anfang an dem **jus civile** bekannt gewesen sein soll?

Außerdem paßt jener Grund nicht auf alle Fälle der Accessionen. Denn sollte nicht eine **insula in flumine nata** ganz selbständig vindicirt werden können, wobei denn doch der Beweis lediglich auf den Accessionserwerb zu richten ist?

3) Die **specificatio** reiht Gaius gleich der **accessio** an, als Etwas das auch aus der **naturalis ratio** hervorgehe; und daß hier nach der Theorie der Proculianer, welche allein eine Specification annahmen, wahrhaft quiritisches Eigenthum erworben werde, wird wohl nicht bezweifelt werden [13]). Dieser Punkt aber, welcher bei der Theorie über das

13) Gai. II. 79. — quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cujus materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit.

Digitized by Google

in bonis meist vergessen wird, ist wegen der daraus zu ziehenden Consequenzen sehr bedeutend.

Die Proculianer konnten doch nämlich diese neue Erwerbart nur so rechtfertigen, daß durch die Specification eine ganz neue, vorher noch nicht vorhandene Sache entstanden sei, welche nun also auch der Specificant als eine herrenlose occupire[14]). Danach ist die Specification eine völlig originäre Erwerbart, aber wenn sie quiritisches Eigenthum gewährt hat, so muß dasselbe nothwendig auch durch Occupation entstanden sein.

§. 40. Nach dieser Erörterung der originären Erwerbarten, müssen wir

B. die derivativen in Beziehung auf diese erste Periode des allein bestehenden quiritischen Eigenthums, weiter in Betracht ziehen.

Es leuchtet ein, daß diese Klasse, in der also alle Uebergänge des Eigenthums von einem Römischen Bürger auf den anderen zusammengefaßt werden, von selbst den Principien unterworfen werden mußte, welche im Allgemeinen das ältere Römische Civilrecht beherrschen. Hieher gehört vorzüglich das Streben nach einer gewissen Förmlichkeit und Oeffentlichkeit der Rechtsgeschäfte, wie ja dies überhaupt den Völkern in ihrer Kindheit eigen ist.

Wenn Hugo[1]) dies bereits hervorhebt, so geschieht das gewiß mit vollem Recht, nur mögte eine ganz unbeschränkte Anwendung auf alle Fälle des Eigenthumserwerbes nicht zu rechtfertigen sein. Daß bei dem Verkehr der Römer unter sich eine gewisse Oeffentlichkeit Vorschrift gewesen sei, scheint mir mit der ganzen übrigen Geschichte so sehr zusammenzupassen, daß dagegen wohl kaum noch Zweifel möglich sind. Indeß wo nicht von dem Uebergange eines Eigenthums in eine andere Hand (also von einer derivativen Erwerbart) die Rede ist, fallen diese Gründe hinweg. Das Eigenthum, wel-

---

14) Gaius a. a. O. erwähnt dies Princip deutlich genug: „quia exstinctae res, licet vindicari non possint, etc.

1) R. G. S. 210.

Digitized by Google

ches ein Römer nicht dadurch erwirbt, daß ein Anderer das Seinige aufgiebt, entsteht hier also an einer Sache quae nullius fuit, die bisher oder wenigstens einstweilen außer dem Römischen Rechtsgebiet liegt. Was kann es hier die übrigen Römer interessiren, den Eigenthumserwerb ihres Mitbürgers zu überwachen, oder mit andern Worten, wie kann man hier eine Oeffentlichkeit des Erwerbs vorgeschrieben haben? Die originären Acquisitionen beruhen, wie Puchta bei der accessio sehr richtig bemerkt, auf einer inneren Nothwendigkeit, auf der naturalis ratio, und weil derselben ein besonderes civilrechtliches Princip nicht entgegensteht, so muß sie auch vom Civilrecht anerkannt sein, mithin müssen die originären Erwerbarten civiles Eigenthum gewährt haben, während bei den derivativen die natürliche Anschauungsweise den Römern nicht genügt, und sie also die traditio, weil sie keine öffentliche Uebertragungsart ist, nicht als civilen Eigenthumsübergang ansehen können.

Indem hier auf den Unterschied zwischen originären und derivativen Erwerbarten ein so entschiedenes Gewicht gelegt ist, kann diese Ansicht historischen Halt nur durch die Nachweisung erlangen, daß auch die Römer diese Unterscheidung mit völlig klarem Bewußtsein gemacht haben. Und dies läßt sich in der That wohl mit ziemlicher Gewißheit thun, obgleich freilich unsere Quellen hier nicht die reichsten sind, und wir bedenken müssen, daß sie aus einer Zeit stammen, worin die Reinheit des älteren Princips schon mehrfach verwischt worden war.

Aus Ciceros Stelle (de Harusp. resp. 7.) ist für uns am Wenigsten zu entnehmen, da er von seinem Hause spricht, also jedenfalls von einer Sache, auf die sich keine originäre Erwerbart beziehen konnte, und hier beispielsweise einige Fälle erwähnt, wie man jure optimo Häuser erwerben könne [2]). —

---

2) Multae sunt domus in hac urbe, atque haud scio, an paene cunctae jure optimo; sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipi, jure nexi. S. Hugo R. G. S. 211. Note 2.

Wichtiger iſt ſchon ein Paſſus des Varro [3]), eines Nichtjuriſten, der die Frage behandelt, wie ein servus ins dom. legitimum gelangt, und nun allgemein die Fälle aufführt, wie daſſelbe in emptionibus entſtehe. Gerade weil er kein Juriſt war, liegt die Annahme ſehr nahe, daß er hier den beſonders hervortretenden Fall des Kaufes in allgemeinerem Sinn nimmt, wo die Juriſten, denen er dies entlehnte, überhaupt von alienationes, alſo von derivativen Erwerbarten, ſprachen. — Die Art ferner wie Ulpian die Sache vorträgt, könnte am Erſten gegen uns zu ſprechen ſcheinen. Er führt ſechs Fälle des Eigenthumserwerbes auf [4]), und da er hier offenbar vom civilen Eigenthum ſpricht, ſo könnte man glauben, daß Alles, was er nicht erwähnt, nur Gründe des naturalen Eigenthums ſeien, welche ſich auch unter dem gemeinſamen Geſichtspunkt der naturalen Erwerbarten zuſammenfaſſen ließen. — Allein dies geht einestheils nicht, weil unter den angeführten Fällen ja auch die traditio, eine naturale Erwerbart, ſo weit ſie vom Civilrecht recipirt iſt, aufgeführt wird. Ulpian kann alſo nicht die rein civilrechtlichen Erwerbsgründe den naturalen entgegenſetzen wollen. Und anderntheils wiſſen wir ja wenigſtens von der Acceſſio beſtimmt, daß ſie auch vom Civilrecht anerkannt war (§. 39. Note 8.). Alſo kann auch Ulpian durch dieſe Zuſammenſtellung nicht haben andeuten wollen, daß alle übrigen Fälle nur natürliches Eigenthum erzeugten. — Dagegen laſſen ſich die angeführten Fälle insgeſammt als derivative Erwerbarten, aus denen civiles Eigenthum hervorgeht, charakteriſiren [5]) und ſo iſt denn wohl der Schluß ge-

3) De R. R. II. 10. 4. — In emptionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem jnstam adiit, si ut debuit mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit, aut si in jure cessit cui potuit cedere et id ubi oportuit, aut si usucepit, aut si e praeda sub corona emit, tumve cum in bonis sectioneve cujus publice venit. Hugo a. a. O. Note l.

4) XIX. 2. — Singularum rerum dominia nobis adquiruntur mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege.

5) So gebraucht denn auch Ulpian öfter dabei den Ausdruck alienationes.

Digitized by Google

rechtfertigt, daß er sich als Gegensatz davon die originären, ebenfalls civiles Eigenthum erzeugenden, Acquisitionen gedacht habe. — Weßhalb er diese nicht auch anführt, ist freilich nicht sicher zu ermitteln. Am wahrscheinlichsten ist wohl, (was Hugo [6]) bereits bemerkt hat) daß sie nur in unserer Handschrift fehlen. —

Am deutlichsten läßt sich die Unterscheidung der derivativen von den originären bei Gaius erkennen. Er scheidet genau die „alienationes" von den übrigen, den originären Erwerbarten, welche er auch äußerlich zusammengeordnet vorträgt. Nachdem er die alienationes abgehandelt hat, zieht er (II. 65) nochmals das daraus folgende Resultat, woraus hervorgeht, daß hiermit eine Klasse der Erwerbarten beendigt sei und nunmehr eine andere folge. Er sagt:

> **Ergo ex his quae diximus apparet, quaedam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium Romanorum.**

Kann man sich bei diesen Worten wohl des Gedankens erwehren, daß Gaius hier implicite hat ausdrücken wollen: eigentlich ständen die alienationes unter einem den Römern eigenthümlichen Princip, wovon die einzige Ausnahme die traditio sei?

Jedenfalls kann Gaius, das geht aus dieser Stelle hervor, die Eigenthumserwerbarten nicht nach den beiden Klassen der civilen und natürlichen Erwerbarten abhandeln wollen, denn die Klasse, welche er hier beendet hat, umfaßt bereits von beiden Arten; und der gemeinsame Charakter aller dieser Fälle ist eben, wie er genügend hervorhebt, der der alienatio also der derivativen Erwerbarten. Darin liegt, daß die nun in einer zweiten Klasse zusammengestellten acquisitiones keine alienationes, oder mit anderen Worten originäre sind. Daß Gaius dies nicht noch positiv hervorhebt, erklärt sich einfach dadurch, daß die Römer kein techni-

---

6) R. G. S. 201. Z. 23.

d by Google

sches Kunstwort für die originären Erwerbarten hatten. Sie konnten sie also nur negativ ausscheiden, aber dies hat denn doch Gaius so deutlich gethan, als man nur verlangen kann. — Darf es uns nun aber wundern, daß indem Gaius diese neue Klasse im §. 66. beginnt, er sie an die **traditio** anknüpft, als gemeinsam unter dem Gesichtspunkte der **naturalis ratio** stehend. Er mußte dies doch jedenfalls bei den originären Erwerbarten hervorheben, und also ergab sich keine natürlichere Verbindung mit dem Vorhergehenden. — Aber daraus zu entnehmen, daß nun auch diese originären Erwerbarten nur die Wirkung haben, welche aus der **traditio** einer **res mancipi** hervorging, das ist ein Schluß, zu dem, so viel ich einsehen kann, uns die Worte nicht die geringste Veranlassung geben. Im Gegentheil scheint Gaius gerade das Umgekehrte anzudeuten. Er sagt:

> **Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando . . . .**

Aus der Vergleichung der Worte des §. 41. wo Gaius von der **traditio** einer **res mancipi** spricht, sieht man, daß Gaius hier mit dem Ausdruck **quae traditione nostra fiunt**, eben nicht die **res mancipi**, sondern nur die **res nec mancipi** meinen kann (s. §. 39. Note 7.), und damit ist denn aller Schein, als wenn die **occupatio** und die übrigen Fälle nur ein **in bonis** gewährten, gehoben.

Fassen wir nun die einzelnen derivativen Erwerbarten noch etwas genauer ins Auge. Wir theilen sie nach Gaius Vorgange in zwei Arten:

a) Alienationes juris civilis.

Wir müssen für die ältesten Zeiten gewiß den Satz festhalten, und zwar ganz unbeschränkt anerkennen, daß die Veräußerungen unter Römischen Bürgern mit einer gewissen Oeffentlichkeit vorzunehmen waren. Und zwar war die Vorschrift, sie sollten gerichtlich, als ein fingirter Eigenthums-

Digitized by Google

streit geschehen (in jure cessio); was wir ganz allgemein auch von den beweglichen Sachen zu verstehen haben [7]). Wem es unwahrscheinlich vorkommt, daß auch um der geringsten Veräußerungsgeschäfte die Obrigkeit habe angegangen werden müssen, der denke einestheils an den geringen Verkehr im alten Rom, und anderntheils an die Verhältnisse unserer Bauern, welche an vielen Orten alle ihre Contracte gerichtlich abschließen sollen. Hier werden freilich sehr viele auch ohne das geschlossen, und treten, da die Parteien damit zufrieden sind, in völlige Geltung. Nur wenn Streit zwischen ihnen entsteht, und sie also die Sache vor den Richter bringen müssen, so kann dieser allerdings den Contract nicht anerkennen. Wie Vieles geschieht nicht im Leben, bei dem man gleich voraussieht, daß wenn der Andere seine Verpflichtungen nicht gutwillig erfüllt, bei dem Richter dafür keine Hülfe zu suchen ist. Aber meist tritt doch auch gutwillige Erfüllung ein, und darauf wagt man's eben, um größeren Weitläuftigkeiten zu entgehen. So mag es auch schon im alten Rom vorgekommen sein.

Wohl erst seit der Servianischen Verfassung kam eine bequemere [8]), vielleicht auch aus dem Plebejischen Interesse zu erklärende Veräußerungsform für mehre besonders hervortretende Sachen in der mancipatio auf, welche aber ebenfalls den Charakter der Oeffentlichkeit hat. Hiernach bestand jetzt für die res mancipi eine doppelte, elective Veräußerungsart, für die res nec mancipi (also alle übrigen körperlichen und unkörperlichen Sachen, die einer Veräußerung fähig sind) blieb die in jure cessio unverändert die alleinige Erwerbart.

b) Alienationes juris gentium.

Die eben gemachte Bemerkung, daß schon oft bei den Römern Veräußerungen vorgekommen sein mögen, bei denen man

---

7) Sehr hübsch leitet es Puchta Instit. II. 581 f. aus dem ager publicus und der ältesten Form der Vindication ab, daß es ursprünglich lediglich ein Eigenthum an beweglichen Sachen gab; also darauf kann denn auch nur die in jure cessio anfangs gegangen sein.

8) Gai. II. 25.

Digitized by Google

eine in jure cessio zu unbequem fand, genügt auch vollkommen zur Erklärung einer wahrscheinlich rein durch Gewohnheit entstandenen Veränderung des bisherigen Rechtes. Es ergiebt sich aus der Erweiterung des Verkehrs von selbst, daß sich die Volksansicht bildete, bei Veräußerungen unbedeutenderer Sachen sei die Vornahme vor Gericht eine unpassende Vorschrift, sie müßten also auch ohne das klagbar sein. Indessen bedurfte es noch einer genaueren Begränzung, welche Sachen dieser formlosen Uebertragungsart fähig seien; und eine solche ergab sich aus den bisherigen Verhältnissen, wie mir scheint, von selbst. — Daß diejenigen Gegenstände, für welche, als eine bequemere Form die mancipatio bereits vorgeschrieben war, nun auch auf ganz formlose Art sollten übertragen werden dürfen, konnte keinem Römer der damaligen Zeit in den Sinn kommen. Es blieben also nur noch die res nec mancipi übrig, und hier mußte es wieder für die unkörperlichen Sachen einleuchten, daß eine formlose Uebertragung derselben nicht möglich sei [9]), daß man also um einen sicheren Anfangspunkt für sie zu haben, bei der in jure cessio stehen bleiben müsse. — So waren es also die körperlichen res nec mancipi, auf welche die neue Rechtsansicht, daß eine in jure cessio nicht mehr nöthig sei, überhaupt angewandt werden konnte, und da es gerade hier von practischem Bedürfniß war, zu große Förmlichkeiten zu verbannen, so erklärt sich leicht, daß für das ganze Gebiet dieser res nec manc. der Rechtssatz aufkam, es solle schon durch die bloße traditio das quiritische Eigenthum daran erworben werden [10]).

---

9) Gai. II. 28. Incorporales res traditionem non recipere manifestum est.

10) Gai. II. 19. — Res nec (mancipi nuda traditione abalienari possunt), si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem. Ulp. XIX. 7. Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi. Harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis. — Es ist schon von Puchta gebührend hervorgehoben (Inst. II. S. 595.) daß dies Aufkommen der traditio für res nec. manc. bereits ein weiterer Schritt sei, den wir also nicht bis in die ältesten Zeiten hineinziehen dürfen.

Digitized by Google

Das war die erste Ausnahme von dem alten Princip, daß die derivativen Erwerbarten nur auf streng civile Weise statt finden könnten, denn die **traditio** ist eine aus der **naturalis ratio** hervorgehende Acquisitionsart. Daß dieser Schritt nicht noch weitere Folgen haben sollte, war unausbleiblich:

1) Jetzt erst konnte der Fall aufkommen, daß man eine gültige Veräußerung einer **res nec manc.** durch Tradition annahm, auch wenn der Tradent gar keine bestimmte Person, an die er tradirt, sich gegenüber hat. Die Römer kamen auf diesen Fall durch das Auswerfen der **missilia**. Unter die **occupatio** konnte man diesen Fall unmöglich rechnen, da sich diese nur auf **res nullius** [11]) und (abgesehen von der späteren **specificatio**) nur auf zwei Fälle, nämlich **id quod terra mari coelo capitur** und die **occupatio bellica** bezieht [12]). Vielmehr ist das Auswerfen der **missilia** rein eine **derivative** Erwerbart, indem es dabei nicht bloß auf das Factum des Wegwerfens, sondern auch auf den **animus** des Wegwerfenden ankommt [13]); und dieser **animus** kann nur als der Wille aufgefaßt werden, die Sache an einen Anderen zu **übertragen**, wobei es aber dem Uebertragenden einerlei ist, wer gerade die einzelne empfangende Person sei. So wird denn auch dieser Fall in unseren Quellen lediglich bei der Lehre von der Tradition abgehandelt, und ausdrücklich für eine **traditio ad incertam personam** erklärt [14]). Offenbar kann

---

11) Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Fr. 8. pr. de acq. rer. dom.

12) Ganz übereinstimmend mit der schon erwähnten Darstellung der occupatio in Gaius Institutionen ist sie in allen übrigen Quellenaussprüchen fr. 1. 3. 5. 7. pr. de acq. rer. dom. (welche zusammengehören) §. 12—18. J. de rer. div. und fr. 1. §. 1. de acq. vel. am. poss. fr. § 3. 21. eod.

13) Fr. 43. §. 11. de furtis. — Si quidem derelinquentis animo jactavit.

14) Fr. 9. §. 7. de acq. rer. dom. — Hoc amplius interdum et **in incertam personam** collocata **voluntas domini transfert** (also derivativ) rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus; ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit, et tamen **quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse**, statim eum dominum efficit. §. 46. J. de rer. div.

darin nicht ehr eine civile Eigenthumserwerbart gelegen haben, als dies für die **traditio** der körperlichen **res nec manc.** anerkannt war. Und das macht auch gar keine Schwierigkeit, da, als Ersteres im Römischen Staate aufkam, Letzteres gewiß schon lange bestanden hatte.

2) Ebenso mußte aber aus der Einführung der **traditio** ins Römische Civilrecht noch ein anderer Fall mit Nothwendigkeit gefolgert werden. Wenn man nämlich sein Eigenthum lediglich aufgiebt, also es derelinquirt, so steht dies offenbar mit dem Auswerfen der **missilia** soweit auf ganz gleicher Stufe, als das bei Beiden eigentlich Entscheidende, worauf es für die ganze weitere juristische Auffassung dieses Verhältnisses ankommt, der **animus** des Wegwerfenden ist, während der Unterschied zwischen Beiden nur ein äußerlicher, juristisch nicht in Betracht kommender ist. Ob nämlich in einem Fall das Volk versammelt ist, aus dem einzelne Unbekannte die **missilia** sich aneignen, oder ob eine Sache in der Stille derelinquirt wird, und nun Jemand sie an sich nimmt, — es konnte dieser Unterschied keinen Einfluß darauf haben, daß man nicht beide Fälle gleichmäßig als **traditiones ad incertam personam** hätte auffassen müssen.

Stellen wir uns nämlich nochmals den Zustand der Zeit vor Augen, ehr man die **traditio** der **res nec mancipi** zur Begründung des civilen Eigenthums für genügend hielt. Darin, daß man die **occupatio** nur auf **res nullius** bezog, und bei derivativen Erwerbarten, also in den Fällen, wo die Sache bereits im Eigenthum eines Römers stand, eine civile Form vorgeschrieben hatte, liegt doch, daß ohne diese Form ebensowenig von der einen Seite Eigenthum erworben, als von der anderen verloren werden könne. Denn in dem Begriff einer derivativen Erwerbart, oder einer **alienatio** ist enthalten, daß hier kein Augenblick vorhanden ist, in der die Sache **res nullius** gewesen wäre. — Durch das Aufkommen der **traditio** wurde hieran nichts geändert, indem auch bei ihr, als einer Alienation, der Satz gelten mußte, daß das Eigenthum erst dann verloren geht, wenn es von der anderen Seite erlangt wird. Wie sollte man nun den Fall der Dereliction auffassen?

Digitized by Google

Offenbar bewirkte sie bei den **res mancipi** oder den unkörperlichen **res nec mancipi** noch gar nichts, da hier ja die ausnahmslose Vorschrift ist, daß das Recht daran nur durch **mancipatio** und **in jure cessio** aufgegeben werden kann. Bei den körperlichen **res nec mancipi** war durch das Hinzukommen der **traditio** das Princip ebenfalls nicht verändert, sondern nur durch einen Fall vermehrt. Man konnte das Eigenthum daran noch immer durch **mancipatio** und **in jure cessio**, aber jetzt auch durch **traditio**, also durch einfache Empfangnahme von Seiten eines Anderen, verlieren. Der einfache **animus derelinquendi** konnte mithin noch in keiner Weise als Eigenthumsverlust angesehen werden, aber es war durch die **traditio** das Mittel gefunden, der Dereliction, welche bisher noch gar keine juristische Gestalt gehabt hatte, eine solche zu ertheilen. Man brauchte sie nur, ebenso wie das Auswerfen der **missilia** als **traditio ad incertam personam** aufzufassen; man legte damit also in die Dereliction noch nicht den Eigenthumsverlust selbst, aber doch die Absicht des Dereliquenten, daß ein Jeder, der die weggeworfene Sache zu sich nähme, sie behalten dürfe, mithin den **animus tradendi** an diesen Besitzergreifenden So war mit dieser Ergreifung das Ende des früheren Eigenthums und der Anfang des neuen anzunehmen, d. h. die Dereliction war ein rein derivative Erwerbart.

Daß in der That die Römer anfangs nur in dieser Weise die Dereliction aufgefaßt haben, läßt sich, wie ich glaube, trotz des höchst mangelhaften Zustandes unserer Quellen, noch mit ziemlicher Gewißheit beweisen. Wir haben nämlich in unseren Pandekten den Titel **pro derelicto**, von dem unsere weitere Entwicklung zeigen wird, daß hier stets eine Doppelinterpretation anzustellen ist, welche einestheils auf das gerichtet werden muß, was Justinian mit den aufgenommenen Fragmenten sagen wollte, und anderntheils auf das, was die schreibenden Juristen nur damit gemeint haben können. Jedenfalls ist es hierfür sehr werthvoll, daß uns darin eine historische Notiz über die frühere Auffassung der Dereliction aufbewahrt ist. Es heiß tim fr. 2. pr. §. 1. **pro derel.**:

> **Pro derelicto rem a domino habitam si sciamus, possumus acquirere. Sed Proculus non desi-**

Digitized by Google

sinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.

Dem ist gegenüberzustellen: fr. 43. §. 5. de furtis. **Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia, existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.**

Hierin ist bezeugt, daß die Ansicht der Sabinianer in der späteren Zeit die allgemein herrschende geworden ist (**quippe quum placeat**). Aber sollen wir dagegen die Ansicht des Proculus als eine singuläre Schulmeinung, oder etwa als die der ganzen früheren Zeit auffassen, die dann nur durch eine auf freieren Voraussetzungen ruhende Theorie verdrängt wurde? — Ich glaube, wir dürfen das Letztere aus folgenden Gründen annehmen. — Wenn die Ansicht des Sabinus auch schon in früheren Zeiten, wo doch der Fall der Dereliction schon vorgekommen sein muß, gegolten hätte, so würde man gewiß nicht noch in späterer Zeit die oben dargethane enge Gestalt der Occupation anerkannt haben; wogegen sich dies sehr leicht erklären läßt, wenn man die Veränderung der Derelictionstheorie erst in spätere Zeit setzt, wo der Begriff der **occupatio** bereits wissenschaftlich festgestellt war. — Und nun sehen wir sogar, daß noch in den Institutionen [15]) die Dereliction, zusammen mit dem Auswerfen der **missilia**, bei der **traditio**, und zwar ganz aus dem Gesichtspunkte der **traditio** dargestellt wird [16]).

---

15) §. 47. J. de rer. div. — **Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.**

16) Ganz entschieden tritt dieser Gesichtspunkt noch aus fr. 5. §. 1. pro derel. hervor: **Id quod quis pro derelicto habuerit, continuo meum fit, sicuti quum quis aes sparserit, aut aves emiserit; quamvis enim incertae personae voluerit eas esse, tamen ejus fient, qui eas sustulerit, easque quum quis pro de-**

Digitized by Google

— Dürfen wir daraus nicht annehmen, was sich schon aus unserer obigen Darstellung der früheren Zeiten von selbst zu ergeben schien, daß nämlich die Dereliction ursprünglich nur als **traditio ad incertam personam** aufgefaßt werden konnte? — Deuten ja doch auch die Institutionen mit den Worten **verius esse videtur** darauf hin, daß früher eine von der **wahren** Auffassung verschiedene gegolten habe.

Hiemit scheint mir ein Punkt gerechtfertigt, der für die ganze hier dargestellte Lehre von entscheidender Wichtigkeit ist. Nur durch ihn ist der Grund zu heben, den auch Puchta für seine Ansicht gleich voranstellt (Inst. II. S. 591). „Was „von der Tradition," sagt der scharfblickende Mann, „das muß „auch von der Occupation gelten; ohne die Ausschließung dieser von dem quiritischen Erwerb würde auch die Ausschließung „jener nicht denkbar sein, da ja sonst jede Tradition als eine „Dereliction und darauf folgende Occupation betrachtet, und „dadurch der Satz, daß sie nicht das quiritische Recht bewirkt, „erfolglos gemacht werden könnte."

Sobald man nur unter dem hier gebrauchten Ausdruck: „Occupation" **lediglich** die Dereliction versteht, also das was erst später als ein **occupare** (aber doch noch von der **occupatio** im engeren Sinne Verschiedenes) aufgefaßt wurde, so sind diese Worte für vollkommen richtig zu halten. Da sich die Dereliction aus der Tradition entwickelte, so muß auch, wenn wir später wieder bei der Tradition Veränderungen finden, die Dereliction ihr nothwendig gefolgt sein. Wir werden in der That das bisher besprochene Gebiet der körperlichen **res nec mancipi**, worauf sich die Dereliction anfänglich nur bezogen haben kann, alsbald erweitert sehen.

c) Surrogat mangelhafter Veräußerungen.

Die so strenge civilrechtliche Regel, daß das Eigenthum des Römischen Bürgers nur durch civile Formen von ihm hinweg

---

relicto habeat, simul intelligitur voluisse alicujus fieri.

Digitized by Google

und auf andere übergehen könne, erheischte auch abgesehen von der unter b. dargestellten Rechtsänderung ein allgemeines Surrogat; und das war die **usucapio**, auf deren weitere Natur hier nicht eingegangen zu werden braucht. Es genügt zu bemerken, daß in der Periode vor Entstehung des **in bonis**, von der wir hier noch immer sprechen, sie als Surrogat für die zwei Fälle eintrat: wenn Jemand **bona fide** eine Sache von einem Nichteigenthümer, oder vom Eigenthümer, aber ohne die civilrechtlichen Formen in den Besitz bekommen hatte. Von einer gültigen **alienatio**, also einem gleich vorhandenen materiellen Rechte an der Sache, konnte in beiden Fällen nicht die Rede sein, aber daß sie ein Grund zur Usucapion würden, war eine sich sehr empfehlende Billigkeit.

§. 41. II. Es mußte, wenn wir eine Entstehung des **in bonis** nachweisen wollen, die Darstellung der Zeit voraufgehen, von der Gaius sagt, entweder sei ein Jeder **ex jure Quiritium dominus**, oder gar nicht Eigenthümer gewesen, so daß man im letzteren Falle nur eine **bon. fidei possessio** kannte, welche durch Zeitablauf sich ins **dominium ex jure Quiritium** verwandelte.

Wie sich dieser Zustand verändern konnte, soll jetzt in einer zweiten Periode dargestellt werden.

1) Die **bonorum possessio** hat bereits, wie wir gesehen haben, geraume Zeit vor Cicero bestanden. Es ist schon im §. 38. angegeben worden, daß in ihr ein Fall des **in bonis** enthalten war. Wenn wir nun nachweisen können, daß sich dieser Fall ganz dazu eignet, den Begriff eines natürlichen Eigenthums zuerst zu construiren, und daß anderntheils alle anderen Fälle des **in bonis** in eine spätere Zeit zu setzen sind, als die **b. p.**, so wird damit der Beweis geliefert sein, daß aus der **b. p.** der Ursprung des ganzen **in bonis** abzuleiten ist. Beides wird uns vielleicht möglich sein.

Im §. 38. ist bereits angegeben, daß ein **bonorum possessor**, auch wenn er nicht **heres** ist, dennoch eine **b. possessio cum re** haben kann, wenn nämlich der vom Civilrecht Berufene durch Verzicht, durch Tod oder Verlust der Testamentifaction vor der Antretung hinwegfällt. — Es kann der

Digitized by Google

Prätor nicht um dieses Falles willen die b. p. eingeführt haben, indem einestheils dieser Annahme die oben von uns exponirten positiven Einführungsgründe entgegenstehen, anderntheils sie in sich selbst etwas Unwahrscheinliches sein würde. Es wäre danach die b. p. auf Fälle berechnet gewesen, die, völlig außer der Macht des Prätors liegend, von Zufälligkeiten abhingen, und doch auch so sehr häufig nicht gewesen sein können, daß darauf die Erbauung des ganzen Systems der b. p. als gerechtfertigt erschiene.

Dagegen, wenn wir annehmen, daß die b. p. sine re der Fall ist, auf den der Prätor bei Einführung des Instituts zunächst sein Augenmerk richtete, so erklärt es sich leicht, daß dabei ein Nebenpunkt vorkommen konnte, der, wenn auch von Zufälligkeiten abhängig, doch sobald er eintrat, durch das Bestehen der b. p. seine befriedigende Lösung erhielt. Obgleich nach dem Wegfallen der ersten Delation eine nochmalige Berufung nach Civilrecht in den meisten Fällen nicht zulässig war, so mußte doch ein sehr natürliches Billigkeitsgefühl darauf führen, daß in Ermangelung des heres die nächste Klasse die meisten Ansprüche auf die Erbschaft habe. Indem nun also der Prätor dieser die p. b. ertheilte, so war, ganz abgesehen von dem dadurch befriedigten Interesse der Creditoren, die Erbschaft dem zugewandt, dem nur die juris scrupulositas entgegenstand, daß er nicht selbst heres werden konnte. Es war damit zugleich, was oben als eine Haupttendenz des Prätors angeführt ist, ein dauerndes Mittel gegeben, der civilrechtlich noch fortbestehenden pro herede usucapio so viel Terrain als möglich zu entziehen.

So konnte der Prätor in keiner Weise daran denken, einer solchen durch das Wegfallen des heres zur cum re gewordenen b. p. seinen Schutz wieder zu versagen. Aber es drängt sich von selbst auf, welche Folgerungen aus diesem Verhältniß hervorgehen mußten.

Der b. possessor, welcher an und für sich nur mit Rechtsmitteln geschützt war, die gegen den wahren heres von keinem dauernden Erfolg sein konnten, vermogte damit doch gegen alle Nicht-heredes sein Recht geltend zu machen. Jetzt war nun der heres weggefallen, also sein Erbrecht gegen die ganze

Digitized by Google

übrige Welt geschützt; er hatte die definitive Herrschaft über das Vermögen. Konnte man sich verhehlen, daß hier, wenn auch die civilrechtlichen Erfordernisse fehlten, doch wenigstens nach einer natürlichen Anschauung ein vollkommenes Eigenthum an den Erbschaftssachen statt finde? Denn Eigenthum ist ja nichts Anderes als das Recht, selbst nach Belieben auf die Sache einwirken und die Einwirkung der übrigen Welt durch Klage und Einrede ausschließen zu können. Beides ist hier vorhanden.

Wir finden nun in der That dies natürliche Eigenthum bei den Römern anerkannt, aber wir sind unsicher, für welchen Fall es zuerst eingeführt sei. Wenn wir nicht entschiedene Gründe für das Gegentheil haben, so scheint doch jedenfalls die einfachste Erklärung die, wonach das neue Institut nicht durch reine Speculation des Prätors aus dem Nichts hervorgerufen, sondern wonach der neue Begriff, aus gegebenen Verhältnissen sich von selbst entwickelnd, und ohne direct darauf gerichtete Absicht, dann nur auf ähnliche einer besonderen Abhülfe bedürfende Fälle ausgedehnt worden wäre. So würde es sein, wenn wir aus der b. p. den Ursprung des **in bonis** ableiten. Doch sehen wir, ob sich auch wirklich die übrigen Fälle als erst später hinzugekommen rechtfertigen lassen.

2) Jedenfalls macht in dieser Hinsicht der des **bonorum emtor** keine Schwierigkeiten. Das Rechtsverhältniß desselben wird von Gaius [1]) stets als dem des **bonorum possessor** so ganz analog dargestellt, daß auch wohl kein Grund ist zu zweifeln, es habe sich wirklich historisch danach gerichtet.

3) Wir finden nun aber auch das **in bonis** bei Erwerbungen einzelner Sachen, und zwar tritt hier vorzüglich hervor der Fall der **traditio einer res mancipi**. Ebenso wie wir oben die **traditio** nur auf körperliche **res nec mancipi** beziehen konnten, ebenso müssen wir auch hier gleich diese Einschränkung machen [2]).

1) III. 80. IV. 35. 145. 146. – Ueber den Fall des Universalfideicommissars siehe Mayer in der Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 58.

2) Gai. II. 28.

Digitized by Google

Nach unſerer früheren Erörterung war, auch nachdem man bei der **res nec manc.** die **traditio** anerkannt hatte, für die **res mancipi** das alte Princip geblieben, daß ſie nur auf formelle Weiſe von einem Römer auf den anderen übergehen könnten. Alſo alle Veräußerungshandlungen außer **mancipatio** und **in jure cessio** bewirkten noch gar keinen Eigenthumsverluſt, **aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus.** — Die Römer konnten, da ſie an formelle Geſchäfte gewöhnt waren, nicht daran denken, dies alte Princip ganz aufzuheben, alſo durch **traditio** auch civilrechtliches Eigenthum an **res manc.** entſtehen zu laſſen, aber dennoch mußte, nachdem einmal die **traditio** bei den **res nec. manc.** ins Civilrecht eingeführt worden war, dies eine Milderung der Strenge herbeiführen, mit der man bisher bei den **res manc.** jenes Princip gehandhabt hatte. Auch hier können wir erkennen, daß der Prätor ſchrittweiſe verfahren iſt, ohne nur von vorn herein die Abſicht zu haben, einen Fall des natürlichen Eigenthums zu creiren. Das älteſte Rechtsmittel lag wohl darin, daß man aus dem Veräußerungsgeſchäft z. B. dem Kauf, eine Klage auf Vornahme der Mancipation geſtattete [3]). Eine Abänderung des älteren Rechts liegt darin noch eigentlich gar nicht, indem dieſe Klage eine Folge der obligatio iſt, welche ſich von den Regeln über Eigenthumserwerb völlig unterſcheidet. Aber es konnte doch dieſe Klage auf Vornahme der zum Eigenthumserwerbe nöthigen Formalitäten gerichtet werden, und ſo gewährte ſie eine Aushülfe für mangelhafte Uebertragungen. Da Gaius ausdrücklich bemerkt, daß dieſe Klage auf **mancipatio**

---

3) Gai. p. 233. v. 7. — item si verbi gratia ex emto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere *ea res agatur de fundo mancipando*, ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda . . . . . totius illius juris obligatio illa incerta actione: *quidquid ab eam rem NN. AA. dare facere oportet* per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio. — Nur von dieſen Rechtsmitteln wird die in §. 41. J. de rer. div. erwähnte Beſtimmung der 12 Tafeln in Beziehung auf res manc. geredet haben.

Digitized by Google

sich ganz trennen lasse von der auf **traditio**, so mußte sie doch auch zulässig sein, wenn die **traditio** bereits statt gefunden hatte.

Aber in diesem Falle ist doch das Recht des Empfängers nur aus der bestehenden **obligatio** abgeleitet, die **traditio** selbst gewährt ihm immer noch kein materielles Recht an der Sache. Sobald von einem auf dieser **traditio** ruhenden natürlichen Eigenthum die Rede sein soll, so mußte aus derselben durch eine **exceptio** und eine **actio** ein Schutz gegen Jedermann geboten werden. Also die Frage über das aus der **traditio** einer **res mancipi** hervorgehende **in bonis**, fällt völlig zusammen mit der anderen, seit wann für diesen Fall jene beiden Rechtsmittel bestanden haben, und zwar kann von einem wahren **in bonis** erst seit dem Bestehen des wirksamsten Rechtsmittels, nämlich der **actio**, die Rede sein.

Die **exceptio** zum Schutz der tradirten **res mancipi** wird wohl allgemein heutzutage als früher eingeführt angenommen, und es paßt dies auch mit der Allmähligkeit der Rechtsentwicklung vollkommen zusammen. Nur ist es unsicher, welche **exceptio** dies gewesen sei. Während man nämlich meist die **exc. rei venditae et traditae** dafür hält, hat neuerdings **Mayer** [4]) dies in Zweifel gezogen, obgleich freilich nicht mit genügenden Gründen. — Die singuläre Gestalt, in der die **exc. r. v. e. t.** im Justinianischen Gesetzbuche erscheint [5]), hindert uns nicht, ihre so natürlich schon aus dem Namen hervorgehende frühere Gestalt zu reconstruiren. Sie enthielt den Schutz gegen den Tradenten, welcher aus irgend einem Grunde von der Anerkennung seiner eigenen Traditionshandlung abweichen wollte. Demnach konnte sie ebensogut gegen den Eigenthümer als den **bonae fidei possessor** gehen. Der Grund, worauf Jener fußte, mußte natürlich der sein, daß er ja trotz der Tradition sein **dominium ex jure Quiritium** nicht verloren habe [6]); der frühere **bonae fidei possessor** (oder über-

4) Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 35—48.

5) Tit. Dig. XXI. 3.

6) Auch Mayer gesteht es zu, daß die exc. in diesem Falle wirklich zulässig gewesen sei.

Digitized by Google

haupt jeder veräußernde **non dominus**) wird es aber nur auf den Grund hin, daß er ſpäter Eigenthümer geworden ſei, unternommen haben, ſeiner eigenen früheren Traditionshandlung entgegenzutreten.

Hieraus erklärt ſich die Geſtalt in unſeren Digeſten ſehr leicht. Jener erſte Fall mußte nothwendig ausgeſchieden werden, da das **duplex dominium** aufgehoben wurde. Es blieb alſo nur der zweite noch in praktiſcher Anwendung. Das eigentliche Princip der **exc.** aber blieb immer daſſelbe, daß nämlich dem Käufer das **habere licere** nicht geſtört werden dürfe, womit denn einestheils ſich erklärt, wie leicht ſich dieſe **exc.** aus dem in Note 3. angegebenen Rechtsmittel entwickeln konnte, anderntheils aber ihre innere Verwandtſchaft mit der Eviction in die Augen ſpringt. Daß ſie daher im Syſtem der Römer gleich hinter der Eviction abgehandelt wurde, iſt eine ſich von ſelbſt verſtehende Folge.

Wie dies nun aber dem Satze entgegenſtehen ſoll [7]), daß ſie die Exception war, welche unſeren Fall des **in bonis** ſchützte, iſt nicht wohl einzuſehen. Man kann ſich ja doch die Entſtehung dieſes natürlichen Eigenthums nicht ſo denken, daß der Prätor plötzlich den Entſchluß gefaßt habe, eine **exceptio** einzuführen, welche, nachdem er dann noch eine eigene Klage hinzugefügt haben würde, nun erſt den Begriff des natürlichen Eigenthums gewährte. Sondern indem der Prätor aus dem Princip der Eviction eine Exception von bei weitem größeren Umfang eingeführt hatte, wurde dadurch auch der Empfänger gegen den tradirenden **dominus** geſchützt. Darin lag noch kein **in bonis**, und ſo konnte alſo die **exc.** nicht um des **in bonis** willen eingeführt ſein. Aber da ſie bereits einen halben Schutz gegen den **dominus** gewährte, ſo konnte ſie nun leicht die Veranlaſſung zu einem völligen Schutz gegen den **dominus** werden, d. h. es war billig, dem durch **exc.** bereits Geſicherten auch einen völligen Schutz durch Klage zu gewähren. Erſt durch Einführung dieſer Klage entſtand hier der Begriff des **in bonis**, und ſomit kann die **exceptio** nicht aus dem **in**

7) Mayer a. a. O. S. 44.

Digitized by Google

bonis, sondern das in bonis muß aus der exceptio erklärt werden.

Ebenso ist auch der andere Gegengrund Mayers nur ein scheinbarer. Die rei vend. et trad. exc. reiche nämlich nicht für alle Fälle des in bonis hin, der Prätor müsse deßhalb eine andere exc. als allgemeinen Schutz des in bonis eingeführt haben. — Es liegt dem die Idee zum Grunde, daß der Prätor sich mit legislatorischer Ueberlegung den Begriff des natürlichen Eigenthums construirt, und ihn dann durch Rechtsmittel in die Praxis eingeführt habe, so daß dann auch in diesen Rechtsmitteln der reine Begriff des in bonis zu erkennen sein müsse. Aber diese Idee findet in den Quellen ihre Bestätigung nicht. Es giebt allerdings Institute, welche vom Prätor ganz neu ausgedacht, und als ein zusammengehöriges Ganzes in die Praxis eingeführt wurden, wie z. B. eben unsere b. p. — Dabei versteht es sich von selbst, daß auch in den Rechtsmitteln das Wesen des ganzen Institutes zu erkennen ist. Aber dann verfehlen auch unsere Quellen nie zu bemerken, daß die Thätigkeit des Prätors dasselbe hervorgerufen habe. Geschieht dies nun auch in Beziehung auf das in bonis?

Im Gegentheil scheint Gaius II. 40. 41., der doch sonst immer so genau die Prätorische Quelle angiebt, dies absichtlich hier zu vermeiden. Und in der That, wie konnte man auch z. B. bei der b. p. cum re sagen, der Prätor habe ein neues Eigenthum eingeführt? Die b. p. war um ganz anderer Zwecke willen aufgestellt, sie enthielt auch gar nicht immer das in bonis, aber von der anderen Seite trat dies auch wieder bei der b. p. ganz ohne des Prätors Zuthun ein. Der Prätor hat nicht das geringste Rechtsmittel neu ausgedacht, um dem b. possessor das in bonis zu verleihen; alle Rechtsmittel hatte derselbe auch ohne das in bonis ganz ebensogut, und nur äußere Umstände konnten das Resultat hervorbringen, daß man hier ein natürliches Eigenthum anzunehmen hatte. Wie kann man sagen der Prätor habe den bon. possessor das in bonis gegeben, während es sich

doch lediglich aus den Umständen entwickelt hatte [8]) und der Prätor nur nicht daran denken konnte, es ihm wieder zu nehmen?

Und hiermit hängt noch ein anderer Punkt zusammen. — Es giebt mehre sehr verschiedene Fälle, in denen die Römer das **in bonis** anerkannten. Dabei setzt nun Mayer sogleich voraus, es müßten auch die Schutzmittel für dasselbe in allen Fällen die nämlichen sein. Aber was berechtigt zu dieser Voraussetzung? — Offenbar muß doch zugegeben werden, daß die Klagen, die der **b. possessor** hat, ganz andere sind, als welche dem zusteht, der durch **traditio** eine **res mancipi** erhalten hat. Weßhalb sollen denn nicht ebensogut die Exceptionen bei beiden verschieden sein können?

Daß bei allen den verschiedenartigen Fällen ein **in bonis** statt finde, soll nur den gemeinsamen Gesichtspunkt ausdrücken, daß hier ein gegen Jedermann geschütztes Recht an Sachen statt finde. Aber dabei können die einzelnen Fälle sich in ganz selbständiger Weise entwickelt haben, und nur noch in dem Verhältniß zu einander stehen, daß einer von allen diesen Fällen der erste sein mußte, und zwar, da wir eine direct auf Construirung des **in bonis** gerichtete Thätigkeit des Prätors nicht annehmen können [9]), ein Fall, aus dem sich der Begriff des natürlichen Eigenthums von selbst ergeben mußte. Nachdem dieser vorlag, konnte der Prätor darauf kommen, auch andere Fälle darunter zu stellen, welche, wenn der Begriff nicht schon vorgelegen hätte, wohl nie diese Gestalt erhalten hätten [10]). — Die **b. p.** ist gerade der Fall, bei dem das **in bonis** nicht aus einer Nachahmung eines anderen Falles hervorgegangen sein kann; während dies bei allen übrigen sich denken läßt. Ist nicht also wohl der Schluß gerechtfertigt, daß die **b. p.** zuerst das **in bonis** hervorgerufen habe?

Jedenfalls aber muß doch dabei festgehalten werden, daß

---

8) Nur in solcher Weise spricht auch Gaius III. 80. von diesem Falle.

9) Deßhalb ist auch der Ausdruck: Prätorisches Eigenthum nicht passend.

10) Das gilt namentlich von dem servus jussu Praetoris ductus, und von der missio ex sec. decr. beim damn. inf. — Mayer a. a. O. S. 61.

Digitized by Google

man ſich bei den ſpäteren nachgeahmten Fällen nie ſo ſtreng an die früheren band, daß man die ſchützenden Rechtsmittel in allen Fällen gl.ichmäßig conſtruirt hätte, wie das eben durch das Beiſpiel der **b. p.** bewieſen iſt. Und wenn wir in ihr gerade den Anfang des **in bonis** finden dürfen, ſo erklärt ſich dies Princip von ſelbſt. Da ſich nämlich die Rechtsmittel des **b. possessor** nicht auf alle möglichen anderen Fälle anwenden ließen, ſo konnte man auch in der Folge nicht darauf kommen, eine Gleichmäßigkeit dieſer Rechtsmittel zu dem gemeinſamen daß Begriff des **in bonis** gehöre.

Wenden wir dies nun noch beſonders auf die **traditio der res mancipi** an, ſo ergiebt ſich Folgendes. Da es auch von Mayer zugegeben werden muß, daß ſie durch die **rei vend. et tr. exc.** völligen Schutz gegen den **dominus** erzeugt habe, ſo kann uns das genügen; daß der Prätor noch eine eigene, lediglich auf das **in bonis** geſtützte **exc.** gegeben habe, würde eine Luxurioſität in der Aufſtellung von Rechtsmitteln vorausſetzen, wie die Römer ſie für unnütz hielten. Und wenn nun Mayer dennoch dieſe eigene **exceptio** in der **doli exc.** gefunden haben will, ſo iſt dagegen zu antworten, daß die **rei vend. et tr. exc.** nichts als eine **doli exc.** nur noch mit einem beſonderen Namen iſt, und wenn das auch nicht wäre, aus dem Beſtehen der reinen **doli exc.** in anderen Fällen des **in bonis** nach dem oben Geſagten, noch nicht auf das Beſtehen derſelben in allen übrigen Fällen geſchloſſen werden darf.

Wenn wir uns alſo mit der **rei vend. et trad. exc.** begnügen dürfen, ſo wäre es doch aber möglich, daß nun wenigſtens die Klage, welche zu dem Begriffe des **in bonis** bei unſerem Falle noch durchaus nothwendig iſt, lediglich zu dieſem Zwecke eingeführt wäre. Aber auch davon wird, (was jetzt noch ausgeſetzt bleiben muß) ſich weiter unten das Gegentheil nachweiſen laſſen, woraus denn von ſelbſt folgt, daß das natürliche Eigenthum an einer tradirten **res mancipi** überhaupt nichts vom Prätor direkt Beabſichtigtes, ſondern nur etwas von den ſpäteren Juriſten Gefolgertes geweſen ſein kann.

Digitized by Google

§. 42. 4) Aus der **traditio** einer **res mancipi** mußte auch für die **derelictio** eine andere Gestalt hervorgehen.

Die Einführung der **traditio** für **res nec manc.** hatte erst das Auswerfen der **missilia** und überhaupt die Dereliction aller körperlichen **res nec mancipi** juristisch möglich gemacht, aber weiter konnte dies natürlich auch nicht gehen. Also eine derelinquirte **res mancipi** konnte Jemand, der auch das Factum der Dereliction kannte, dennoch nicht durch Besitzergreifung in sein Eigenthum bringen, sondern er galt nur als **bonae fidei possessor**, der dann auch durch das Surrogat der **usucapio** zum quiritischen Eigenthum gelangen konnte [1]).

Seitdem aber die **traditio** bei den **res mancipi** ein volleres Recht, das **in bonis**, gewährte, mußte sich auch die Dereliction, als **traditio ad incertam personam**, anders gestalten. Man mußte offenbar dem Besitzergreifer gleich von Anfang an ebenfalls das natürliche Eigenthum zugestehen. Aber von der anderen Seite durfte man auch nicht weiter gehen, und ihm gleich das civile Eigenthum zusprechen, indem sonst der von Puchta gemachte Einwurf begründet gewesen wäre, daß die noch vollgültige Regel, **res mancipi** könnten nur

---

1) An diesem Orte kann endlich das gerechtfertigt werden, was oben (§. 4. Note 9.) einstweilen vorauszusetzen war: daß nämlich, indem man bei der pro herede usucapio das Princip der Herrenlosigkeit der her. jac. annahm, daraus noch nicht folgte, sie könne sogleich durch Besitzergreifung ins Eigenthum gebracht werden, sondern daß dazu noch eine usucapio nöthig war.

Die traditio der körperlichen res nec manc. scheint schon nach den 12 Tafeln quiritisches Eigenthum erzeugt zu haben (Ulp. XIX. 2. u. Hugo R. G. S. 210. Z. 14. — § 41. J. de rer. div. s. d. vor. §. Note 3.) Dagegen als man nun bei der pro her. us., bei der man sich ganz auf die 12 Taf. stützte, die ideelle hereditas für eine herrenlose, derelinquirte Sache auffassen wollte, konnte man sie natürlich nicht zu den körperlichen res nec mancipi rechnen, also durfte noch nicht in der Besitzergreifung, sondern erst in der Usucapion der civilrechtliche Erwerb derselben gefunden werden. Und so blieb es auch, seitdem die pro her. us. nur noch auf die res hereditariae ging, weil man an dem alten Institut nichts mehr verändern wollte. Ließ man doch auch die fundi in einem Jahre usucapiren!

Digitized by Google

durch **mancipatio** oder **in jure cessio** alienirt werden, jetzt immer durch Dereliction und darauf folgende Besitzergreifung hätte umgangen werden können. Und daß wirklich die Dereliction der **res mancipi** und die der **nec mancipi** zur Zeit der klassischen Juristen nach verschiedenen Rechtsregeln beurtheilt wurden, davon werden sogleich die uns übrig gebliebenen Spuren nachgewiesen werden.

5) Nur eine allgemeine Bemerkung ist noch für alle bisher erwähnten Fälle des **in bonis** vorauszuschicken. Die **usucapio** hatte bisher bloß auf die **bon. fidei possessio** sich bezogen, seitdem aber das **in bonis** bestand, mußte demselben, als dem **majus**, doch jedenfalls auch der Vortheil des **minus** zu Theil werden. So war also in der Usucapion das Mittel vorhanden, die in jedem einzelnen Falle mögliche **divisio dominii** durch Zeitablauf wieder in das quiritische Eigenthum aufgehen zu lassen. Das stellt denn auch Gaius bei der **traditio** der **res mancipi** gleich als das Ziel des ganzen Verhältnisses auf, so daß man es als einen Bestandtheil des **in bonis** auffassen muß, da die ganze Dauer, das Bestehen des abgesonderten **in bonis** davon abhängt [2]). Man kann danach das **in bonis** auch so definiren: es ist ein von Anfang an durch Klage und Exceptio geschützter Usucapionsbesitz. — Wir werden alsbald sehen, was sich hieraus für die Natur dieser Klage bei der **traditio** der **res mancipi** ableiten läßt.

Jedenfalls aber finden wir auch, ebensogut wie bei diesem Falle der **traditio**, bei allen anderen die Befugniß zur Usucapion. Wie sie sich bei der **b. p.** gestaltet, wird später abgesondert erörtert werden. Hier ist es nur nöthig, noch bei der Usucapion der derelinquirten **res mancipi** etwas zu verweilen.

---

2) **Gai. II. 41.**: nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficietur, ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo uscupias: semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium, tua res esse, ac si ea tibi mancipata vel in jure cessa esset.

Digitized by Google

Wir finden in unseren Pandekten noch einen Titel **pro derelicto** (**XLI. 7.**), dessen Bestimmungen wir nach heutigem Rechte so erklären müssen, daß man Sachen usucapiren könne, welche vom Nichteigenthümer derelinquirt worden sind [3]). Es wird sich aber nachweisen lassen, daß die excerpirten Juristen bei der **usuc. pro derel.** etwas Anderes vorherrschend im Auge gehabt haben, und so ist für die hier einschlagenden Fragmente immer eine Doppelinterpretation, eine historische und eine practische, nöthig.

Vorerst muß die technische Bedeutung des immer wiederkehrenden Ausdrucks **pro derelicto habitum** festgestellt werden. Es heißt derselbe nicht, es sei eine Sache fälschlich von einem Dritten für derelinquirt gehalten, und könne in Folge dieses Irrthums usucapirt werden, denn es ist ausdrücklich anerkannt, daß die **usucapio pro derelicto** in dieser Weise ganz unzulässig sei [4]). Vielmehr muß, wie wir schon aus der eben citirten Stelle sehen, das habitum auf den **animus** des Wegwerfenden bezogen werden. Und es erklärt sich diese Ausdrucksweise von selbst aus der juristischen Gestalt, welche die Dereliction hat. **Derelinquere** heißt nämlich nichts, als: Wegwerfen, Verlassen; aber damit dies juristische Bedeutung habe, muß noch der **animus** des **dominus** sein Eigenthum hiermit aufzugeben, hinzukommen, (s. §. 40. Note 13.) also die Sache muß **pro derelicto habita** sein [5]). — Heutzutage befolgen wir nicht eine so strenge Terminologie, wir nennen eine derelinquirte Sache diejenige, woran der Eigenthümer wirklich sein Recht aufgeben wollte, aber wir müssen dann wenigstens dabei festhalten, daß die Römer in

---

3) Es ist dies auch die allgemein herrschende Ansi t. S. z. B. Unterholzner. Ausf. Verjährungslehre. I p. 395 f. Mühlenbruch Pand. II. §. 262. Göschen Vorlesungen II §. 260 — Wening (Civilrecht I. §. 132. läßt gerade die wichtige Bestimmung über den Nichteigenthümer aus.

4) Fr. 6. pr. derel. — Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam.

5) Sehr deutlich ist das bloße Wegwerfen von dem pro derelicto habere getrennt, in fr. 43. §. 9. de furtis.

Digitized by Google

demſelben Sinne nicht **res derelicta**, ſondern **res pro derelicto habita** ſagen.

Nun aber kommt in den Quellen, ſo viel ich weiß, keine Stelle vor, worin ausdrücklich von dem Falle die Rede wäre, daß die Sache **a non domino pro derelicto habita** ſei. Sondern entweder findet ſich bloß der Ausdruck **pro derelicto habitum**, oder es wird noch beſonders hinzugeſetzt, **a domino pro derelicto habita**, oder auf andere Weiſe deutlich gemacht, daß vom derelinquirenden Eigenthümer die Rede ſei [6]). Alſo entſteht der Zweifel, ob die Römiſchen Juriſten, wenn ſie bloß **pro derelicto habitum** ſagen, hier nicht ebenfalls an den derelinquirenden **dominus** denken, oder ob ſie, wie es allerdings nach Juſtinianiſchen Recht zu verſtehen iſt, einen **non dominus** ſtillſchweigend ſupponiren?

Schon von vorn herein können wir Letzteres wegen der Undeutlichkeit der Ausdrucksweiſe nicht wohl bei ihnen präſumiren, außerdem aber führt ein anderer bereits nachgewieſener Punkt mit Nothwendigkeit darauf, daß die klaſſiſchen Juriſten, wenn ſie von der **usucapio pro derelicto** ſprechen, doch dabei das Eigenthum des Derelinquirenden vorausſetzen mußten. — Seitdem die **traditio** quiritiſches Eigenthum an **res nec mancipi** gewährte, mußte dies auch wie oben gezeigt iſt, dieſelbe Wirkung bei der Dereliction nach ſich ziehen. Und als endlich Juſtinian die **mancipatio** und **in jure cessio** aufhob, und alſo durch **traditio** bei allen Sachen das ungetheilte Eigenthum entſtehen konnte, da folgte freilich von ſelbſt, daß alle derelinquirten Sachen ſogleich mit der Beſitzergreifung ins volle Eigenthum gelangen mußten, ebenſogut wie das, **quod terra, mari, coelo** oder **ex hostibus capitur**. So war es denn alſo für Juſtinians Zeit durchaus angemeſſen, im §. 47. J. **de rer. div.** hiebei ausdrücklich den Ausdruck **occupatio** zu gebrauchen, [7]) und bei noch klarerer Durchſchauung der

---

6) Fr. 43. §. 5. de furt. — Fr. 1. fr. 2. pr. fr. 3. pro derel. — Fr. 38. §. 1. de nox. act. §. 47. J. de rer. div.

7) Es iſt indeß wohl möglich, daß die Römiſchen Juriſten hier auch ſchon den Ausdruck occupare, aber jedenfalls in einer weiteren Bedeutung gebraucht haben. Fr. 1. pro derel.

Digitized by Google

Sache würde man dieſen Punkt gleich von vorn bei der occupatio im §. 12. haben abhandeln müſſen.

Aber zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten galt noch vollkommen der Satz, daß das civile Eigenthum an res mancipi nur durch mancipatio oder in jure cessio, ſowie durch das Surrogat der Uſucapion verloren gehen (alienirt werden) könne. Alſo die der traditio analoge Dereliction konnte dem Beſitzergreifenden urſprünglich nur eine bonae fidei possessio, und ſeit die traditio das natürliche Eigenthum erzeugte, nur ein in bonis gewähren, welches ſich dann erſt durch die Uſucapion mit dem dominium ex jure Qu. wieder vereinigte. Und das iſt eben die usucapio pro derelicto, von der die Römiſchen Juriſten ſprechen, ſo daß wir alſo, wenn ſie die Ausdrücke pro derel. habitum gebrauchen, nicht zweifeln können, ſie hätten an den dominus gedacht, während wir aber für ihre Zeit auch vorausſetzen müſſen, daß ſie immer von res mancipi redeten [8]).

Wir können nun in der That den früheren Rechtszuſtand noch aus den Pandektenfragmenten erkennen.

In fr. 4. pro der. ſagt Paulus: **Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus a quo derelictum sit.** Paulus würde doch mehr als undeutlich geweſen ſein, wenn er hier einen Anderen als den derelinquirenden Eigenthümer vorausgeſetzt hätte.

Ferner aber iſt das bekannte, und ſchon ſo verſchieden interpretirte fr. 5. pr. eod. zu bemerken:

> **Si id, quod pro derelicto habitum possidebas, ego sciens in ea causa esse, abs te emerim, me usucapturum constat, nec obstare, quod in bonis tuis non fuerit.**

8) Dem Begriffe nach mußte indeß die us. pr. derel. auch in dem Falle ſchon vorkommen können, wo ein non dominus eine Sache (manc. oder nec manc.) derelinquirt hatte. Aber die Juriſten ſcheinen dieſen Fall nicht abgehandelt zu haben, ſonſt würden doch gewiß die Compilatoren nicht verfehlt haben, davon ein Fragment aufzunehmen, ſtatt daß ſie ſich nur begnügten, die Fragmente durch Interpolationen dem practiſchen Rechte anzupaſſen.

Digitized by Google

Es ist nicht genügend, daß Etwas **pro derelicto habitum** sei, sondern, wie die vorige Stelle sagt, der Besitzergreifende muß dies auch wissen, (**haberi putamus**) [9]. Also wer eine derelinquirte Sache lediglich in Besitz hat, ohne die Dereliction zu kennen, hat damit noch kein Recht an der Sache erworben. Von diesem Falle handelt unser Fragment. Es besitzt Jemand (**possidebas**) eine derelinquirte Sache, und gerade daraus, daß Pomponius bloß das **possidere** nicht aber das nothwendige Erforderniß des **haberi putare** anführt, geht hervor, daß er dies Erforderniß hier als nicht vorhanden annimmt. Entschieden leuchtet dies aus dem Gegensatze ein. Ein Anderer, sagt er, weiß, daß die Sache **pro der. habita** sei (**ego sciens in ea causa esse**). Aus dem Hervorheben dieses Umstandes muß doch natürlich geschlossen werden, daß jener **possessor** es nicht wußte. Aus diesem Nichtwissen leitet nun Pomponius die juristische Folge ab, daß die Sache nicht **in bonis** des **possessor** sei, und daraus folgt doch von selbst wieder, daß der **sciens in ea causa esse**, also hier der Käufer, sie sogleich **in bonis** hat, und in Folge dessen usucapiren kann.

Daß aber hier von einer vom wahren Eigenthümer derelinquirten Sache die Rede sei, geht einestheils aus den Worten: **pro derelicto habitum** hervor, indem doch Pomponius ebensowenig wie Paulus eine so bedeutende Undeutlichkeit Schuld gegeben werden kann, welche sich so leicht durch den Zusatz **a non domino** heben ließ. Anderntheils würde in dieser Voraussetzung eine völlige Unrichtigkeit liegen, indem Pomponius doch offenbar von dem **scire** und **nescire** die Frage abhängen läßt, ob ein **in bonis** vorhanden sei, oder nicht, wogegen, wenn ein **non dominus** derelinquirt hätte, überhaupt von einem **in bonis** nicht die Rede sein könnte. Endlich aber wird dies durch den folgenden Satz unmöglich, da wir doch dem Pomponius nicht überdem noch einen hinkenden Vergleich Schuld geben können. Er fährt fort: **nam et si tibi rem ab uxore donatam sciens emero, quia quasi volente et concedente domino id faceres, idem juris est.**

---

9) So auch in fr. 2. pr. eod.: **si sciamus.**

Digitized by Google

Offenbar soll dieser Fall ganz analog sein. Es wird auch hier das **sciens** vorausgesetzt, es wird ebenso das **velle** und **concedere** angenommen, welches nach dem gleich folgenden §. 1. auch in der derelictio liegt [10]) und so wird denn ausdrücklich hier der uxor das **dominium** zugesprochen. Danach mußte denn auch Pomponius in jenem Derelinquenten das dominium vorausgesetzt haben. —

Hiermit ist bewiesen, daß trotz der vom dominus vorgenommenen Dereliction, doch auf Seiten des Besitzergreifenden in Pomponius Zeit nur ein in bonis entstehen konnte. Da wir dies aus den obigen Gründen für die res nec mancipi nicht annehmen können, so bleibt nichts übrig, als daß Pomponius hier von den res mancipi gesprochen haben muß, was entweder aus dem Zusammenhange oder aus einer ausdrücklichen Bemerkung, die die Compilatoren strichen, hervorgegangen sein wird [11]).

Nur noch Eins muß in Beziehung auf die Dereliction hinzugefügt werden. Da sie ganz aus dem Gesichtspunkte der Tradition, also einer derivativen Erwerbart aufgefaßt wurde, so erklärt sich daraus die alte Ansicht des Proculus, der erst mit der Besitzergreifung das Eigenthum der Derelinquirenden als verloren annahm. Aber daß eine natürlichere Theorie sich nach und nach geltend machen mußte, braucht wohl nicht wei-

---

10) S. oben §. 40. Note 16.

11) Es ist nicht möglich, mit Sicherheit zu vermuthen, wie die Juristen in allen hieher gehörigen Fragmenten geschrieben haben mögen, da sich verschiedene Fälle denken lassen, von denen sie sprachen. So kann in fr. 2. pr. pro derel. es geheißen haben: Pro derelicto rem nec mancipi a domino habitam si sciamus, possumus acquirere; oder auch: Pro derelicto rem mancipi a domino habitam si sciamus, possumus usucapere. In diesem letzteren Falle müßte es dann im §. 1. statt domini gestanden haben: in bonis.

Uns genügt, daß wir annehmen dürfen, die Juristen können nicht so geschrieben haben, als wir's in den Pandekten lesen, und daß wir wenigstens dem Sinne nach an die Stelle setzen können, was sie gemeint haben.

Digitized by Google

ter gerechtfertigt zu werden. Man konnte noch immer daran festhalten, daß die Dereliction eine **traditio ad incertam personam** sei, (wie ja noch Pomponius es so klar ausspricht) aber da man die Sache gar keiner bestimmten Person aufbewahren wollte, weßhalb das bisherige Eigenthum noch bis zur Besitzergreifung als fortbestehend denken?

Diese Ansicht, von Sabinus aufgestellt, wurde bald die allgemein herrschende [12]), wodurch denn die **derelictio** freilich den Charakter einer rein derivativen Erwerbart verlor, ohne damit aber eine rein originäre zu werden. Und jedenfalls war hier wieder noch ein Unterschied zwischen den **res manc.** und **nec manc.** von Bedeutung. Bei Letzteren konnte man ganz unbedingt den Eigenthumsverlust gleich mit der Dereliction annehmen [13]). Dagegen bei den **res manc.** konnte durch das Wegwerfen der Sache offenbar nur das **in bonis** aufgegeben werden, welches ja auch durch die **traditio** verloren ging, während das quiritische Eigenthum beim Derelinquenten bleiben mußte [14]). Hier trat dann gerade die Usucapion ein, um das **in bonis** und das **dom. ex jure Quiritium** wieder in der Hand des Besitzergreifenden zu vereinigen.

Auf diese Weise war die juristische Consequenz bewahrt, aber da doch in dem **in bonis** die materiellen Eigenthumsrechte völlig concentrirt sind, so konnte man auch bei den **res manc.** den eigentlichen Verlust des Eigenthums in die Dereliction setzen. — Es giebt einen Grund, um dessentwillen die Römischen Juristen allgemein die Ansicht des Sabinus annehmen mußten. Und dieser Grund wird auch ausdrücklich in **fr. 43. §. 5. de furt.** damit in Verbindung gebracht. Wenn eine Sache (**manc.**

---

12) **Fr. 43. §. 5. de furt. fr. 2. §. 1. pro derel.**

13) Davon hat wohl Ulpian in **fr. 1. pro derel.** gesprochen.

14) Nur von diesem Falle kann wohl eine andere Aeußerung desselben Ulpian verstanden werden, welche nun freilich für unser heutiges Recht anders zu interpretiren ist. **Fr. 17. §. 1. de acq. vel am. poss. — Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.**

Digitized by Google

oder nec. manc.) derelinquirt war, so mußte es doch widersinnig erscheinen, daß nun noch gegen den Derelinquenten ein furtum begangen werden könne, da ja gerade in der Dereliction der animus liegt, daß ein Jeder die Sache an sich nehmen dürfe (eaque, quum quis pro derelicto habeat, simul intelligitur, voluisse alicujus fieri). — Und umgekehrt konnte man nun auch nach der Dereliction die actio furti nicht mehr gegen den Derelinquirenden gestatten, welche entsteht, wenn der servus (also eine res mancipi) ein furtum begangen hat, und in Folge dessen derelinquirt worden ist [15]).

6) Es muß zuletzt noch kurz von einem Falle gesprochen werden, aus dem man häufig das ganze in bonis abgeleitet hat, nämlich von dem Eigenthum in den Provinzen. Es begreift dies sowohl das Recht am ager provincialis, als auch die bewegliche Habe der Provinzialen. Aber daß dies unter ganz anderen Gesichtspunkten steht, als das Römische in bonis, scheint mir leicht gezeigt werden zu können. Die ganze Theorie des in bonis beruht auf der divisio dominii, wie Gaius sagt, wogegen er ausdrücklich II. 40. bemerkt: apud peregrinos unum esse dominium, wogegen natürlich nicht das ebenfalls von Gaius II. 7. erwähnte staatsrechtliche Eigenthum des populus Romanus am solum provinciale eingewandt werden kann. — Die ganze Theorie vom in bonis hängt genau mit der usucapio zusammen, davon ist in den Provinzen nicht die Rede, und überhaupt sind die einzelnen Fälle des in bonis so ausschließlich aus besonderen Verhältnissen des Civilrechts hervorgegangen, daß für eine Einwirkung und einen juristischen Zusammenhang mit dem Peregrineneigenthum gar kein Platz ist, daß also auch die Rechts-

---

15) Fr. 38. §. 1. de noxal. act. (Freilich muß Julian statt: quia statim meus esse desinit wohl geschrieben haben: statim in bonis meis esse desinit). Uebrigens durfte noch nicht lis contestirt sein. Arg. fr. 37. eod. — Eine besondere Frage ist dabei noch, ob durch Dereliction der Sache auch die darauf gelegten dinglichen Lasten untergehen? Die bei weitem meisten Gründe mögten wohl für die Verneinung sprechen. Aber es sind lauter Gründe, welche zugleich zeigen, daß Dereliction in gewisser Weise noch heute eine derivative Erwerbart ist.

Digitized by Google

mittel zum Schutz des Einen und des Anderen von durchaus verschiedener Natur sein müssen. Allerdings hatten Beide das gemein, daß sie nicht quiritisches Eigenthum sind, aber dabei waren sie doch völlig zu trennende Fälle des natürlichen Eigenthums.

§. 43. III. Mit einigen Fällen des **in bonis** hängt, obgleich noch wesentlich verschieden, doch genau zusammen die Entstehung des fingirten Eigenthums für den **bonae fidei possessor** (**Publiciana actio**). Der Prätor Publicus gestattete nämlich gegen das Ende der Republik, oder unter Augustus — einem Jeden der **in conditione usucapiendi** ist, eine **in rem actio**; und es ist bekannt, daß sie auf der Fiction der vollendeten Usucapion, also als Schutz für ein fingirtes Eigenthum errichtet ist [1]).

Es scheint mir mit ziemlicher Sicherheit bewiesen werden zu können, daß dies auch die **fictitia actio** dessen gewesen ist, der in Folge einer Tradition oder Dereliction des **dominus** eine **res mancipi** in das natürliche Eigenthum erhalten hatte. Aus folgenden Gründen:

1) Wenn man das Recht des Empfängers einer **res mancipi** überhaupt durch eine Klage schützen wollte, so liegt nichts näher, ja man mögte sagen, daß die Römer auf nichts Anderes kommen konnten, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion. Das eigentliche **in bonis** gab es ja in diesem Falle erst seit Einführung einer gegen Jeden zu verfolgenden Klage. Vorher bestand nur eine zur Usucapion führende **bon. fid. possessio**, und es ist oben entwickelt (§. 42. Note 2.) daß das **in bonis** überhaupt nichts Anderes ist, als das nach allen Seiten (also auch durch Klage) gesicherte Recht, usucapiren zu dürfen. Konnte denn also diese Klage wohl

---

1) Gai. IV. 36. fr. 1. §. 1. de Publ. act. — Merito Praetor ait: nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. Deßhalb ist sie aber auch jener ganz nachgebildet. Fr. 7. §. 8. eod.: In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

Digitized by Google

auf etwas Anderes gebaut werden, als auf die Fiction der vollendeten Usucapion?

Wir sind hier in der Lage, daß wir im Römischen Recht eine Klage finden, welche nach ihrer inneren Structur vollkommen mit diesem Falle des **in bonis** zusammenpaßt, während wir von einer anderen für das **in bonis** eingeführten Klage keine Spur haben [2]). Der Schluß daraus ergiebt sich von selbst.

2) Es ist häufig eingewandt worden, die **Publ. act.** könne nicht die Klage für das **in bonis** gewesen sein, da wir in **fr. 1. pr. de Publ. act.** noch die Edictsworte besäßen, welche ganz entschieden die Klage auf die Tradition **a non domino** beschränkten. Allein es ist eben so oft hierauf, und mit vollem Recht geantwortet worden, daß diese Worte für interpolirt zu halten seien.

Einestheils scheint mir unläugbar, daß die Edictsworte nur den singulären Fall der **emtio** und der darauf erfolgten Tradition betroffen habe. Wie soll es sonst zu erklären sein, daß **fr. 7. §. 16. h. t.**, wo keineswegs ein Beispiel gegeben werden soll, nur von dem Falle des Kaufs die Rede ist [3]), daß im §. 11. desselben Fragments die Worte **qui bona fide emit** aus dem Prätorischen Edicte referirt werden, welche doch die Anfangsstelle dieses Titels nicht enthält? Ferner erkennen wir in der Erörterung der Römischen Juristen noch ganz deutlich, daß erst durch sie die **Publiciana** von einem singulären Fall auf andere analoge ausgedehnt worden ist, und dieser singuläre Fall ist wieder die **emtio** [4]). Wenn das Edict selbst

2) Die von Hugo zuerst aufgestellte Idee, daß die **petitoria formula** mit Hinweglassung der Worte **ex jure Quiritium** die fragliche Klage sei, hat so Vieles gegen sich, daß auch ihr Auctor sich von ihr als einer „schwerlich" richtigen wieder abgewandt hat (Hugo R. G. S. 525. Z. 14 ff.), obgleich Andere noch daran festhalten. (Mayer Zeitschr. f. gesch. R. W. VIII. S. 17. Vangerow Leitfaden I. S. 476.) Weiter als mittelbar durch die Beweisführung im Texte kann ich mich auf diese Frage nicht einlassen. S. Walter R. G. S. 591. Note 43. und Puchta Inst. II. S. 600 ff. vgl. oben §. 39. Note 9.

3) „Ut igitur **Publiciana** competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita."

4) **Fr. 3. §. 1. h. t.** — Et non solum **emtori** bonae fidei com-

Digitized by Google

ſchon allgemein gelautet hätte, ſo würde ja eine ſolche Darſtellung gar keinen Sinn haben. Endlich aber wird dies entſchieden durch die ächte Quelle des Gaius IV. 36 beſtätigt. Er ſagt:

> **datur autem haec actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit.**

Alſo hier, wo er die practiſche Anwendbarkeit der Klage darſtellt, hütet er ſich wohl, bloß von der emtio zu ſprechen, dagegen iſt die Formel die er gleich darauf anführt, gerade auf dieſen Fall geſtellt [5]). Wie kann dies beſſer erklärt werden, als daß gerade hiervon das Edict ſprach?

Und endlich was iſt natürlicher, als daß Juſtinian, nachdem durch die Juriſten die Klage eine ſo viel weitere Ausdehnung erhalten hatte, danach auch die Edictsworte umänderte, da es ihm doch auf hiſtoriſche Genauigkeit nicht ankam.

Wenn wir alſo von der einen Seite das Edict für enger halten müſſen, als wir es in fr. 1. h. t. leſen, ſo muß es in anderer Beziehung wieder weiter geweſen ſein, ſo daß wir die Worte non a domino für einen Zuſatz Juſtinians zu halten haben. In dem ganzen Titel de Publ. act. wird die Begründung der Klage nur auf das Tradirtſein ex justa causa geſtellt, alſo für die Abfaſſung der Klage war es noch ganz einerlei, ob die Sache vom dominus oder non dominus tradirt war. Damit iſt nicht geſagt, daß der dominus

---

petit Publiciana, sed et aliis etc. Die Worte ex justa causa können dennoch ſchon im Edict geſtanden haben, da ſie wie dies eben citirte fr. 3. §. 1. beweiſt, zu petet gehören. Das Edict hat vielleicht ſo gelautet: Si quis, qui bona fide emit, id quod ei traditur, ex justa causa et nondum usucaptum petet, judicium dabo. — Alſo die petitio ſoll nicht bloß auf die traditio, ſondern auch auf die justa (emtionis) causa geſtellt ſein, quia nemo sibi causam possessionis mutare potest. — Dieſe Worte ex justa causa waren aber gerade dazu geeignet, daß die Juriſten die Klage nicht auf die emtio einſchränkten.

5) L. c. — „judex esto, si quem hominem AA. emit, isque ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret“ etc.

Digitized by Google

sich gegen die Klage nicht hätte schützen können. Es ist vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß ihm die **exceptio justi dominii** zustand [6]). Wer aber die Römische Theorie von den Exceptionen kennt [7]), wird darin den sicheren Beweis finden, daß, da hier eine **exceptio** gegeben wurde, nicht schon für die Begründung der Klage darauf Rücksicht genommen werden konnte, ob vom **dominus** oder **non dominus** tradirt sei. Wenn die **Publ. act.** darauf gestellt gewesen wäre, daß **a non domino** tradirt sei, so würde die Behauptung des Gegners, er sei **dominus**, ein Läugnen des Klaggrundes, aber keine **exceptio** gewesen sein. Den Compilatoren ist es freilich kaum zuzurechnen, daß sie nicht einsahen, die Aufnahme der Worte **non a domino** in das **fr. 1.** sei ein Widerspruch gegen die letzten beiden Fragmente desselben Titels [8]).

3) Häufig wird gegen die hier vertheidigte Ansicht noch der Grund angegeben, es habe allerdings, wer das **in bonis** hatte, auch von der **Publ. act.** Gebrauch machen können, aber dies sei doch immer nicht die Klage, welche man unmittelbar für das **in bonis** habe einführen müssen.

Aber hiermit kommen wir auf das zurück, was oben gesagt wurde, daß es nämlich eine petitio principii ist, für das **in bonis** ganz eigens organisirte Rechtsmittel vorauszusetzen. Ebenso wie wir früher gezeigt haben, daß die **rei vend. et trad. exc.** das Schutzmittel für gewisse Fälle des **in bonis**, aber freilich nicht bloß für dieses war, so wird auch hier dasselbe für die Klage angenommen werden dürfen. Und zwar läßt sich hier nach dem eben unter № 2. Bemerkten ein innerer historischer Zusammenhang zwischen jener **exc.** und der **act. Publiciana** entdecken. Wenn auch die Letztere von den Juristen viel weiter ausgedehnt wurde, so ging doch ihre ei-

---

6) **Fr. 16. u. 17. h. t.**

7) Vergl. bes. Savigny System **V. S. 160 ff.**

8) So ist denn auch in der Conception der Klagformel bei Gaius (Note 5) keine Spur einer Rücksicht auf den **dominus**. — Die von Mayer a. a. O. S. 22. gegen das im Text Angenommene vorgebrachten Gründe haben mich nicht überzeugen können. Ich kann aber auf deren Widerlegung hier nicht weiter eingehen.

Digitized by Google

gentliche Conception auf Verkauf und Tradition, also sie hat durchaus dieselbe Grundlage wie die **rei venditae et traditae exc.** Denselben Umfang nun, den wir der **exceptio** zugestehen, müssen wir auch der **actio** anweisen. Ich glaube gezeigt zu haben, daß die **Publ. act.** ohne alle Rücksicht, ob **a domino** oder **a non domino** tradirt worden war, concipirt wurde. Also sie konnte in beiden Fällen angestellt werden. Wenn nun Jemand die Sache **a non domino** erhalten hatte, und dann gegen den wahren **dominus** klagte, so schadete ihm allerdings die **exceptio dominii.** Wenn er sie dagegen vom **dominus** bekommen, und nun von ihm die nochmalige Herausgabe verlangte, so konnte freilich dieser ebenfalls die **exceptio justi dominii** vorschützen, da eine **traditio** der **res mancipi** das quiritische Eigenthum nicht aufhören macht. Aber da **reus in excipiendo actor est,** so mußte doch hier für den excipirenden **dominus** dieselbe Lage entstehen, wie wenn er gegen den Empfänger die Vindication anstellte. Also wie gegen diese die **exceptio rei venditae et traditae** gegeben worden wäre, so mußte hier gegen die **exceptio dominii** die **replicatio rei vend. et trad.** eintreten [9]).

---

9) **Fr. 4. §. 32. de doli mali exc.** (vergl. fr. 72. de rei vind.) — Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres exstiterit, et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit, Julianus ait, aequius esse Praetorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur, et si ipse eum possideret, et Publiciana peteres adversus excipientem: „si non suus esset," replicatione uterereris, ac pro hoc intelligeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet. Diese Stelle scheint mir, wenn sie auch an sich von einem anderen Falle spricht, doch namentlich wegen der Endworte für das im Text Gesagte vollkommen entscheidend. — Der spätere Eigenthumserwerb soll auf die frühere Veräußerung retrotrahirt werden, so daß also der Tradent schon durch diese Veräußerung sein in bonis verloren hat, es mithin bei der zweiten Veräußerung gar nicht mehr übertragen kann.

Der erste Empfänger kann sich demnach durch eine replica doli

Digitized by Google

So war durch einen einfachen Mechanismus völliger Schutz für das in bonis vorhanden, und sollen wir nun doch annehmen, daß der Prätor, bloß um sagen zu können, es gebe auch einen eigenen Schutz für diesen Fall des in bonis (denn auf alle Fälle ist es ja nicht anzuwenden) noch eine besondere Klage eingeführt habe?

Wenn es hiemit als gerechtfertigt erscheint, der Publiciana act. ganz das Gebiet der rei venditae et traditae exc. zuzuweisen, also sie gleichmäßig für die Klage des bonae fidei possessor und des natürlichen Eigenthümers einer tradirten res manc. zu halten, so wird doch wohl Niemand uns den Vorwurf machen, daß wir das in bonis in eine reine bon. fid. possessio verwandelten. Daß sich beide Rechtsverhältnisse genau unterscheiden, ist bekannt [10]), und die Public. act. ist gerade eine Klage, welche, da sie auf das Recht des Tradenten keine Rücksicht nimmt, gleichmäßig auf die bon. fidei poss. und das in bonis paßt, und also nicht vorzugsweise für das Eine oder das Andere eingeführt sein kann. Das Recht des Tradenten kommt erst durch die exceptio zu Tage, und dadurch scheidet sich denn auch das Verhältniß der bon. fidei poss. von dem in bonis, indem diesem noch eine replica zur Seite steht, welche bei jener nicht anwendbar ist.

Jetzt können wir nun auch leicht das Endresultat unserer ganzen Untersuchung ziehen. Die Publiciana actio ist gewiß erst am Ende der Republik oder im Anfange der Kaiserzeit aufgestellt [11]). Also die traditio einer res mancipi, und alle

---

(oder rei vend. et tr.) schützen, und es wird dies ausdrücklich mit der exceptio gegen die Klage des Tradenten als gleichartig zusammengestellt. Da aber dieser ganze Schutz gegen den dominus daraus abgeleitet wird, daß der Empfänger durch das spätere Erbewerden des Tradenten das in bonis erhalten habe, so müssen doch auch dieselben Schutzmittel bestanden haben, wenn dem Empfänger gleich von Anfang an das in bonis zustand, weil der Tradent schon bei der Tradition Eigenthümer gewesen war.

10) S. z. B. Ulp. fr. XIX. 20 u. 21.

11) Hugo R. G. S. 525.

Digitized by Google

Fälle, welche sich analog an diese anschließen, sind erst um diese Zeit der Grund eines natürlichen Eigenthums geworden. Da nun die **bon. poss.** den einzigen Fall des **in bonis** enthält, welcher schon vor dieser Zeit bestanden hat, so folgt, daß es gerade die **bon. possessio** gewesen sein muß, welche den Begriff des natürlichen Eigenthums hervorgerufen hat.

II. Die in der b. p. als einer justa possessio liegenden Rechte.

§. 44. Das **in bonis** setzt immer die Befugniß zur Usucapion voraus, aber nicht umgekehrt erfordert die Usucapion stets ein **in bonis**, vielmehr muß nur eine **bon. fid. possessio** vorhanden sein, welche **implicite** auch in dem natürlichen Eigenthum enthalten ist.

Also liegt in der **b. p.** nicht bloß deßhalb ein *Recht zur Usucapion*, weil sie in gewissen Fällen **cum re** ist, und das **in bonis** gewährt, sondern auch wenn sie zur **sine re** werden kann, ist sie ein von der Autorisation des Prätors ausgegangener Besitz, eine **bonae fidei possessio**, die daher stets die Berechtigung zur Usucapion mit sich führen muß. Aber da wir es hier mit dem Besitze einer Erbschaft zu thun haben, so gestaltet sich in Folge der eigenthümlichen **pro herede usucapio** der Grund zur Ersitzungsbefugniß noch ganz anders. Vor Hadrian nämlich durfte sich Jedermann die Erbschaft aneignen und usucapiren, es war ein **justus titulus** dazu gar nicht weiter erforderlich, also der **bon. possessor** hat dasselbe Recht gar nicht erst aus dem Grunde der **justa possessio**, sondern lediglich schon in Folge der Besitzergreifung und in Gemäßheit der civilrechtlich erlaubten **pro herede usucapio**. Da diese nun aber früher eine Ersitzung des Erbrechts selbst, und später nur der **res hereditariae** enthielt, so entstehen daraus für die **b. p.** drei Fragen.

Entweder gewährt nämlich die **b. p.** eine Ersitzung der **hereditas** selbst und hat diesen Charakter behalten, auch nachdem die **pro her. us.** nicht mehr in dieser Weise bestand,

Digitized by Google

oder sie enthielt von Anfang an nur die Ersitzungsbefugniß für die einzelnen **res hereditariae**, oder endlich kann sie früher eine Usucapion des Erbrechts dargeboten und sich dann zugleich mit der **pro her. us.** in eine Ersitzung des **res singulae** verwandelt haben.

Was von diesen drei Möglichkeiten das Richtige sei, ist an eine Widerlegung der Ansicht Huschke's [1]) anzuknüpfen, welcher Schriftsteller aus der Usucapionsbefugniß des **bonorum possessor** die ganze Entstehung des Institutes ableitet. Mit Recht bemerkt darüber v. Vangerow [2]), es sei zu bedauern, daß Huschke, durch den engen Raum einer Recension abgehalten worden, seine Hypothese genauer zu begründen. Indem dabei gar Manches in Betracht Kommende unerwähnt geblieben ist, wird der Boden für eine Widerlegung schlüpfrig und schwer zu betreten.

Huschke beginnt mit einer allgemeinen mehr philosophischen Bemerkung. Es bestehe im Römischen Rechte der eigenthümliche Gegensatz von dem Innerlichen, dem eigentlich Rechtlichen, und dem Aeußerlichen, welchen die beiden Organe des civilen und prätorischen Rechts entsprächen. Ebenso wie sich dies beim Eigenthume in der Zersplitterung in das **ex jure Quiritium** und das **in bonis esse** zeige, so lasse sich diese doppelte Seite auch bei der Erbschaft durchführen. Entweder nämlich bilde sie die **familia**, welche nur durch das Civilrecht **ex testamento** oder **lege** deferirt werden könne, oder sie werde nur als äußerliches Vermögen (**bona**) aufgefaßt, das an sich noch keinen Herrn habe, also von Anderen in Besitz genommen werden dürfe, und durch **annua usucapio** das Recht der Erbschaft selbst gewähre.

Mir scheinen dergleichen allgemeine Abstraktionen in allem Rechtshistorischen sehr gefährlich, indem sie so leicht dazu führen, in die vorgefaßte Theorie das Gegebene hineinzuzwängen, und so das Individuelle der einzelnen Rechtsverhältnisse um einiger gemeinsamen Gesichtspunkte willen in Schatten zu stellen. — An sich ist jener von Huschke aufgestellte Gegensatz

1) Richterſche Jahrb. 1839. S. 11 – 15.
2) Leitfaden II. S. 13.

Digitized by Google

des Innerlichen und Aeußerlichen nichts Anderes, als was man nur in anderen Worten als den Charakter des Prätoriſchen im Gegenſatz des Civilrechts anzugeben pflegt. Das Civilrecht iſt der Inbegriff alles in früherer Zeit bei den Römern allein geltenden Rechtes. Alſo was ſpäter vom Prätor eingeführt wurde, war vorher außer dem Rechtsgebiete gelegen, alſo nur ein Complex äußerlicher, factiſcher Verhältniſſe, denen die innere Rechtlichkeit fehlte. Indeß iſt dabei zweierlei wohl zu bemerken, einestheils, daß auch ſchon das Civilrecht vielerlei an ſich rein factiſche Verhältniſſe kennt und ſchützt, wie ja gerade hier Huſchke ſeiner Theorie bereits untreu werden muß, indem das äußerliche Beſitzen und Uſucapiren der **bona** vollkommen ein Inſtitut des Civilrechts war. Anderntheils aber verlor doch das, was der Prätor unter bisher nicht geltende Rechtsregeln ſtellte, eben dadurch den Charakter des Factiſchen, es wurde ein Innerliches, Rechtliches. Ich will hier nicht darauf eingehen, ob man nicht dem **dominium ex jure Quiritium**, welches bis zur Uſucapion noch neben dem **in bonis** fortbeſtand, ſehr viel mehr den Charakter des Aeußerlichen und dagegen dem **in bonis** den des innerlich Rechtlichen beilegen könne. Nur das muß ich hier hervorheben, wie Huſchke in der Entwicklung des Urſprungs der **b. p.** nothwendig den Punkt, von dem er gerade ausgeht, inconſequent verlaſſen muß. Indem ſich nämlich ſchon im Civilrecht die höchſte Potenz des bloß äußerlichen grundloſen Uſucapirens findet, ſo kann man die **b. p.**, wenn man ſie hieran überhaupt anknüpfen will, nur ſo auffaſſen, daß ſie für das bisherige grundloſe Beſitzen der Erbſchaft einen Grund, alſo ein Innerliches eingeführt habe. Und ſo ſagt Huſchke ſelbſt der Prätor habe „bei dieſer **improba possessio** die dem Rechte zugekehrte Seite aufrecht erhalten.“ Dann aber kann man doch dies Prätoriſche Recht nicht das Aeußerliche, das dem Innerlichen, eigentlich Rechtlichen, Entgegengeſetzte nennen [3]).

Die Art, wie nun Huſchke die **b. p.** an die **pro herede**

---

3) Hiernach ſcheint mir auch beurtheilt werden zu müſſen, was Huſchke über die Vertheilung der Beute ſagt. Im Allgemeinen enthält dieſer Fall aber wohl Nichts, was für die Geſtaltung der **b. p.** etwas bewieſe.

Digitized by Google

usucapio anknüpft, ist folgende. Meistens habe ohne Zweifel der wahre heres den Besitz des Nachlasses ergriffen [4]). Aber ungefähr seit der lex Licinia de modo agri (388), welche überhaupt einen Wendepunkt zum Ueberwiegen des Aeußerlichen hin in der Röm. R. G. bilde, habe die Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit zu erheben angefangen, es hätten sich jetzt unberechtigte Dritte der Erbschaft bemächtigt. Dadurch sei die pro herede usucapio eine improba geworden [5]), und so habe der Prätor interveniren müssen. Er habe jetzt die pro herede usucapio neu geregelt, und die h. p. sei ursprünglich nichts Anderes, als eben die Prätorische Verleihung der pro herede usucapio, welche anfangs wohl ohne Weiteres durch Einweisung in den Besitz (bona possidere), später durch Aufstellung eines Rechtsmittels zur Erlangung des Besitzes (des Int. quor. bon.) beschafft worden sei. Dadurch habe der Prätor dreierlei Zwecke erreicht, nämlich die Verhütung einer Zersplitterung des Vermögens, die Ertheilung des Vermögens an den Würdigsten (s. darüber oben §. 25. Text zu Note 5 u. ff.), und die Berichtigung der sacra und der Schulden, weßhalb denn auch unter den berufenen würdigen Competenten eine Reihenfolge (successorium edictum) habe aufgestellt werden müssen.

Aus der Zusammenhaltung dieser Ansicht mit der von mir über den Ursprung der h. p. gegebenen, geht hervor, daß ich den ersten und dritten dieser Zwecke, für vollkommen richtig erkenne. Aber wenn Huschke die wahre Bedeutung derselben verfolgt hätte, so würde sich daraus, wie ich meine, von selbst ergeben haben, daß seine eigentliche Ansicht über den Ursprung der h. p. nicht haltbar sei. Ich glaube es oben nachgewiesen zu haben, daß die h. p. keine Verleihung an den persönlich Würdigsten, sondern an die Klassen des Civilrechts war, daß

---

4) Die Bedeutung der pro herede usucapio wird hiebei von Huschke ebenso aufgefaßt, wie dies oben von uns gethan ist, nämlich als ein Mittel, daß Creditoren und Pontifen (wegen der sacra) baldmöglichst befriedigt würden, und es kann auch wohl nach Gaius (II. 55.) klaren Worten hierüber kein Zweifel mehr bestehen.

5) In wie weit dies richtig sei, ist oben entwickelt worden.

Digitized by Google

sie also nicht hauptsächlich die Aufstellung neuer Erbprätendenten enthielt, welche dann nur nebenbei in eine bestimmte Reihenfolge (**successorium edictum**) rangirt worden wären, sondern daß sich alle Regeln über die subjective Berechtigung zur **b. p.** lediglich in dem **successorium edictum** concentriren, welches in Beziehung auf die civilrechtlichen **ordines** proponirt wurde. Auf diese Punkte braucht also auch nicht weiter mehr eingegangen zu werden. Hier ist darzuthun, daß auch die objectiven in der **b. p.** ursprünglich enthaltenen Rechte von Huschke nicht wohl erfaßt sind. — Er spricht es freilich nicht deutlich aus, aber dennoch muß er es ohne Zweifel annehmen, daß die **b. p.** zu einer Zeit eingeführt sei, in welcher die **pro herede usucapio** noch in ihrer ältesten Gestalt, als eine Ersitzung des Erbrechts selbst, bestand. Denn nur so lange folgte daraus die Verpflichtung zur Zahlung der Schulden und (abgesehen von dem Pontifenedicte) zur Leistung der **sacra**, und Beides wollte ja der Prätor erreichen, indem er nach Huschkes Meinung die **b. p.** als **pro herede usucapio** verlieh. Es ist nun schon oben (§. 17.) dargestellt worden, daß diese Auffassung unzulässig sei, indem man entweder, was aber unmöglich ist, in der **b. p.** auch noch für die spätere Zeit diese Usucapionsbefugniß des Erbrechts wiedererkennen müßte, oder eine wesentliche Umgestaltung der **b. p.** anzunehmen hätte, wodurch sie aus einer Verleihung der **pro herede usucapio** zu dem geworden wäre, was sie später war. Letzteres namentlich scheint Huschkes Ansicht zu sein, aber da ihr Quellenaussprüche nicht zur Seite, ja vielmehr entgegenstehen, da eine innere Wahrscheinlichkeit, so viel ich einzusehen vermag, dafür nicht zu finden ist, so darf damit unser Gegner schon als widerlegt angesehen werden. Es ist aber hier noch ein letzter Grund hinzuzufügen.

Daß die **b. p.** ursprünglich nur die Verleihung eines Usucapionsbesitzes war, gewinnt einigen Schein durch das Rechtsmittel, welches wir auch noch in späterer Zeit finden, das **Int. quor. bon.**, welches **adipiscendae possessionis** ist. Und so nimmt denn auch Huschke an, daß dies Interdict, welches an die Stelle der directen Einweisung in den Besitz getreten war, das genügende und alleinige Rechtsmittel für die ursprüngliche

Digitized by Google

Gestalt der b. p. gewesen sei. Aber damit zerfällt wieder die ganze Theorie, indem sich die b. p., welche doch eine Ersitzung der ganzen Erbschaft sein sollte, natürlich auch auf die ganze Erbschaft erstrecken mußte. Wir werden nun später sehen, daß sich das **Int. quor. bon.** gar nicht als Universalklage auf die ganze Erbschaft bezieht, daß es nicht auf Forderungen und Schulden geht, und so würden denn die beiden Zwecke, welche Huschke selbst angiebt, nämlich die Bewahrung der einheitlichen Natur der **bona** und die Befriedigung der Gläubiger gar nicht erreicht sind.

Die strenge Verfolgung dieser Zwecke führt also darauf, daß wir die b. p. nicht an die Usucapion der **hereditas** anknüpfen [6]), sondern bei ihr, so lange sie überhaupt bestanden hat, nur eine Usucapion der **res hereditariae**, also der einzelnen körperlichen Erbschaftssachen, annehmen dürfen, und damit verschwindet denn alle Möglichkeit, die Absichten des Prätors aus der Ertheilung einer Usucapionsbefugniß erklären zu können. Vielmehr haben wir ein Anderes als das Grundprincip der b. p. unterzulegen, die Fiction des Erbrechts, neben der die Usucapionsbefugniß der körperlichen Sachen, wenn sich deren in der Erbschaft fanden, als etwas Accidentelles bestand. Es würde nämlich dieselbe schon nach den gewöhnlichen Regeln der Usucapion aus der Prätorischen Verleihung des fingirten Erbrechts folgen, und alsdann wäre sie allerdings etwas mit dem Grundprincipe der b. p. Zusammenhängendes. Sie würde dann in zwei Jahren das Eigenthum an **fundi**, in einem Jahre an den übrigen Sachen gewährt haben. Aber da, wie Gaius (II. 54.) sagt, bis auf Hadrian **tamen in omnibus rebus hereditariis annua usu-**

6) Es ist oben (§. 17.) schon hervorgehoben worden, daß doch wahrlich der Prätor, wenn er die Creditoren schützen wollte, nicht ein Institut aufgestellt haben wird, welches in sich selbst, abgesehen von den Agnitionsfristen, noch wieder den Aufschub eines Jahres (bis zur Usucapion) enthielt, und noch außerdem davon abhing, daß der Besitz der Erbschaft nicht wieder unterbrochen werde. Wir dürfen uns doch den Prätor nicht so Gedanken-arm vorstellen, daß er nicht ein Mittel gewußt hätte, den b. possessor gleich von der Verleihung an, den Creditoren für verhaftet zu erklären.

Digitized by Google

capio remansit, so verstand es sich von selbst, daß dies dem b. possessor eben so sehr zu Gute käme, wie Jedem Anderen. Indeß liegt darin auch schon, daß dies gar keine, aus dem Rechte der b. p. fließende Befugniß ist.

Endlich ist hiermit denn auch festgestellt, daß in dem Usucapionsrechte gar keine Ausschließung der hereditatis petitio liegt, welche, um die b. p zur sine re zu machen, auch nachdem der b. possessor schon über ein Jahr im Besitz ist, angestellt wird. Allerdings können die einzelnen bereits usucapirten Sachen jetzt nicht mehr gefordert werden, aber einestheils ruht dies Recht zur Zurückbehaltung der Sachen gar nicht direct auf dem Rechte zur b. p.; und anderntheils fordert der Kläger mit der her. pet. gar nicht direct diese Sachen, sondern Anerkennung seines Erbrechtes. Deßhalb mußte sie denn auch nach Ablauf des Jahres noch angestellt werden können, und das Resultat war, daß Alles zur Erbschaft Gehörige, woran keine wahre possessio möglich ist, sowie alle körperlichen Sachen, welche der b. possessor erst später in Besitz bekommen und noch kein Jahr besessen hatte, auf den siegenden Kläger übergingen [7]).

III. Die in der b. p. als Fiction des heres, enthaltenen Rechte.

§. 45. Wir gelangen nunmehr zu der dritten, der wichtigsten Frage, welche Rechte nämlich dem b. possessor als fingirtem heres zustanden? Mit Absicht haben wir dieselbe die letzte sein lassen, damit aus der Erörterung der übrigen sich schon von selbst entwickelte, daß in ihr der Hauptpunkt, das Grundprincip der b. p. enthalten sei. Wir werden also, da uns in dieser Hinsicht keine Abschweifungen und Widerlegungen entgegenstehender Ansichten mehr obliegen, mit desto

---

7) Danach versteht sich auch von selbst, daß das bei der b. p. cum re vorhandene in bonis sich nur auf die Sachen, welche besessen und usucapirt werden können, also auf die körperlichen res hereditariae bezog.

Digitized by Google

größerer Schärfe und Deutlichkeit dem eigentlichen Kern unseres Institutes uns zuwenden können.

Hier ist denn auch der Ort, wo der Name: **bonorum possessio** seine Erklärung finden kann, da das Vorhergehende schon genügende Hinweisungen auf dieselbe enthält. — **Bon. poss.** dürfen wir nicht übersetzen und verdeutlichen wollen durch: Besitz der Erbschaftsgüter, wie dies Huschke meint, wenn er sagt, die b. p. sei die Prätorische Hülfe für das schon längst bestehende **bona possidere** gewesen. Der Ausdruck bedeutet vielmehr die **possessio**, d. i. die factische Ausübung des **jus heredis**. Deßhalb hieß sie ursprünglich wohl allein **hereditatis possessio**, wie sie wenigstens noch von Cicero genannt wird [1]), so wie ja auch im Edicte stand: **hereditatem dabo** oder **possessionem dabo**, bei welchem Letzteren gewiß nicht **bonorum** sondern: **hereditatis** zu suppliren ist. Und so wird denn auch die Erklärung des Prätors gegen den Agnoscirenden anfangs immer gelautet haben: **do tibi hereditatem** oder **hereditatis possessionem.**

Dieser den Sinn der Sache viel richtiger wiedergebende Ausdruck wurde nun aber nach Ciceros Zeit fast ganz verdrängt [2]), und es trat die Bezeichnung **bonorum possessio** an die Stelle. Der Grund dafür scheint mir ziemlich nahe zu liegen. — Der welcher der **pro herede usucapio** gemäß, die Erbschaft oder einen Theil davon sich verschafft hatte, um sie zu ersitzen, konnte nicht wohl anders als **hereditatis possessor** genannt werden [3]). Hier bedeutete nun freilich das Wort **hereditas**, seit der zweiten Periode der **pro herede usucapio**, nur die Erbschaftssachen; bei dem Prätorischen Institute dagegen hat **hereditas** die zweite Bedeutung des **jus successio-**

1) S. oben §. 24. Note 2. §. 19. Note 1.

2) Er findet sich auch noch bei Labeo, der aber schon den anderen Namen daneben stellt. „Hereditatis autem bonorumve possessio ut Labeo scribit." Fr. 3. §. 1. de b. p.

3) Die Ausdrücke pro herede oder pro possessore possessores beziehen sich, wie oben (§. 6) entwickelt ist, nur auf den Erbschaftsproceß. Im Allgemeinen sind sie beide hereditatis possessores. — In solchem Sinne finden wir den Ausdruck noch in den Pandekten, z. B. fr. 17 u. 18. de her. pet.

Digitized by Google

nis. Gerade wegen dieser zwei Bedeutungen des Worts hereditas mußte auch der Ausdruck: **hereditatis possessio** zweideutig sein und zu Verwechselungen Anlaß geben. So lange das Römische Rechtsleben noch ohne Absonderung einer eigentlichen Rechtswissenschaft bestand, war dieser Mangel weniger fühlbar; als aber theoretische Entwicklungen in Schriften häufiger wurden, mußte man ganz nothwendig darauf kommen, für das Prätorische Institut ein eigenes Kunstwort festzustellen, und da war **bonorum possessio** das sich von selbst darbietende, obgleich das rechtliche Hauptmoment nicht direct dadurch ausgedrückt war [4]). Wußte doch ein Jeder, daß **bonorum possessio non uti rerum possessio accipienda est**; daß sie **juris magis quam corporis possessio** sei; daß die Befugniß zur eigentlichen **rerum hereditariarum possessio** freilich mittelbar darin begriffen sei, daß aber auch ohne alles **corporale** in der **hereditas** dennoch eine **b. p.** sehr wohl bestehe [5]). Mithin leuchet ein, daß hier **bona** ganz und gar im Sinne von **hereditas**, als **jus successionis** gebraucht ist, wie ja auch Labeo (Note 2) ausdrücklich Beides als gleichbedeutend neben einanderstellt. Indeß ist nicht zu verkennen, daß für die das Römische Recht nachstudirenden Juristen der unpassende Ausdruck **b. p.** sehr geeignet war, auch unklare und unrichtige Vorstellungen von der Sache zu erzeugen.

So führt uns also auch der Name, nach seinem richtigen Verständniß, darauf, daß in der Verleihung der **b. p.** die **Fiction des jus heredis** gelegen habe [6]). Welche ein-

4) Anderntheils wurde dieser Ausdruck auch von ganz anderen Fällen gebraucht (Fr. 5. §. 1. quib. ex caus. in poss. eat. 42. 4.), wofür indeß die Umkehrung: possessio bonorum häufiger war.

5) Fr. 3. §. 1. de b. p. — Nur bei der Verleihung an den heres, welcher von Anfang an sein Civilrecht beweisen kann (s. S. 215), also in dem Falle, wo der selbständige Begriff der b. p. nicht zum Vorschein kommt (S. 221. Note 14.), bedeutet der Ausdruck b. poss. bloß den durch den Int. quor. bon. zu erlangenden Besitz der Erbschaftsgüter.

6) Und zwar kann nun auch nach dem Bisherigen mit Sicherheit angenommen werden, daß diese Fiction sich nicht etwa (wie bei der Publ. act.) auf die Vollendung der Usucapion bezieht, weil Beide auf ganz verschiedenen Gebieten bestehen. Die Usucapion geht auf die einzel-

Digitized by Google

zelne Befugniſſe damit verknüpft waren, geht aus der Darſtellung der einzelnen Rechtsmittel hervor, welche dem b. possessor zuſtanden. Zu ihnen haben wir jetzt überzugehen.

1) Die fictitiae actiones.

§. 46. Wenn der Prätor den b. possessor als fingirten Erben aufſtellt, ſo erlaubt er ihm damit, in jeder Hinſicht ſich als heres zu geriren. Derſelbe konnte, wie dies ſchon oben bei ſeiner Reſtitutionsverbindlichkeit gegen den heres berührt worden, Sachen aus der Erbſchaft frei veräußern, Vermächtniſſe auszahlen, Pontifen und Creditoren befriedigen. Und zwar ſtand um dieſer Forderungen willen den berechtigten Perſonen eine fictitia in personam actio gegen den b. possessor zu, ſowie auch fremde Sachen die ſich in der Erbſchaft befanden, mit einer fictitia in rem actio eingeklagt werden konnten [1]). Dies Alles iſt es, was Ulpian in fr. 1. de b. p. unter den incommoda hereditaria begreift.

Die Commoda dagegen, und das dominium rerum, quae in his [2]) bonis sunt, welches Alles dem bonorum possessor zugetheilt wird, das beſchreibt uns Gaius noch näher, aus welcher Stelle wir, ebenſo wie aus der des Ulpian (in Note 1), ſo recht klar erſehen, daß die fictitiae actiones die Rechtsmittel ſind, welche das eigentliche Grundprincip der b. p., oder Alles das umfaſſen, was zur Definition derſelben gehört; die alſo auch niemals fehlen können, wo von einer b. p. die Rede iſt, mithin von Anfang an ſeit dem Beſtehen der b. p. vorhanden geweſen ſein müſſen.

---

nen res hereditariae, die Fiction auf das Erbrecht. Letztere war alſo etwas ſelbſtändig vom Prätor aufgeſtelltes, ſie war nothwendig um das zu erreichen, was oben als der Urſprung der b. p. dargeſtellt iſt.

1) Ulp. XXVIII. 12. — Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur.

2) Ulpian ſchiebt abſichtlich dies Wörtchen ein, um nicht „in bonis“ zu ſagen.

Digitized by

Gaius ſagt IV. 34.: Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto b. p. petiit, ficto se herede agit; cum enim jure praetorio et non legitimo succedat in locum defuncti non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere, itaque ficto se herede intendit [3]), veluti hoc modo:

Iudex esto. si A. A. (id est ipse actor) Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret:

vel si in personam agatur, praeposita simili fictione intentio ita subjicitur:

tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere. —

Ebenſo ſagt es Gaius an einer anderen Stelle, daß die actiones des bon. possessor eine Nachahmung des jus legitimum enthielten [4]).

Hiermit alſo iſt es klar, daß in allen Fällen, wo der heres als Eigenthümer, als Gläubiger auftreten könnte, auch der b. possessor durch Nachahmung der Klagen als Eigenthümer, als Gläubiger fingirt wird [5]). Es kann demnach auch keinen Zweifel leiden, daß dann, wenn der heres nur fingirter Eigenthümer ſein würde (alſo nur die Publiciana actio hat), dem bon. possessor nachahmungsweiſe auch dieſe Klage zuſteht, wobei wir mithin die Fiction einer Fiction eintreten ſehen [6]).

---

3) Es iſt wohl zu bemerken, wie Gaius die fictitiae actiones direct aus der Natur der b. p. ableitet, wie er aber deßhalb offenbar auch meint, daß alle actiones des bonorum possessor, quia non habet directas, unter das Gebiet der hier ausgeführten fictitiae gehören. Wir haben hievon alsbald eine Anwendung zu machen.

4) Gai. IV. III. Aliquando tamen Praetoriae actiones imitantur jus legitimum, quales sunt eae, quas bonorum possessoribus, ceterisque qui heredis loco sunt, accommodat.

5) In omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. Fr. 2. de bon. poss.

6) Fr. 7. §. 9. de Publ. act. — Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit. Fr. 1. §. 37. de aqua quot. vel aest.

Digitized by Google

Finden wir hiernach den **bon. possessor** dem **heres** ganz gleichgestellt, so drängt sich nun aber eine sehr bedeutende Frage auf. Der **heres** hat ja nicht bloß solche einzelne Klagen, womit er ein Rechtsverhältniß, in welchem der Erblasser bereits stand, und in das er nun eingetreten ist (sei es Eigenthum, **bonae fid. poss.**, oder eine **obligatio**) geltend macht, sondern er hat auch eine universelle Klage, womit er direct Anerkennung seines Rechts des Erbeseins, mittelbar auch die Herausgabe von Erbschaftssachen fordert. Wie steht es nun hier mit der Nachahmung beim **bonorum possessor**? [7])

Wir können diese Frage durch Zusammenhaltung der Grundsätze beantworten, welche im Obigen einestheils für die **hereditatis petitio**, und anderntheils als das Wesen der h. p. festgestellt sind.

1) **Heres** ist der in alle rechtlichen Verhältnisse des Erblassers, so weit sie sich überhaupt vererben, Eingetretene. Er ist dies aber in den meisten Fällen nicht **ipso jure**, sondern er wird es erst durch gewisse von ihm vorzunehmende Handlungen. Das ist die Antretung, durch welche er **de jure** sogleich das vollständige Recht des Erbeseins erhält. Allein dies Recht wird nicht immer gleich von Allen anerkannt, da überhaupt nach Civilrecht der Erwerb des Erbrechtes ein reines Privatgeschäft ist, welches auch ganz im Stillen geschehen kann, nicht erst einer gewissen öffentlichen Sanction bedarf. Daher kommt es, daß dasselbe noch Gegenstand einer gerichtlichen Verfolgung, eines processualischen Beweises werden muß, und dazu dient die **hereditatis petitio**. Also erst nachdem die Antretung und die Erbschaftsklage (sobald das Erbrecht bestritten wird) vollzogen worden, ist das Recht des Erbeseins ein sowohl von Innen als nach Außen in Wirksamkeit getre-

---

7) Hiermit ist die bekannte Frage über die hereditatis petitio possessoria angeregt, über die Fabricius (Rhein. Mus. IV. S. 177 f. 209 f.) die Vermuthung aufgestellt hat, es sei eine erst von Justinian erfundene Klage, — was indeß wenig Beifall bei anderen Juristen gefunden hat. (Vergl. einstweilen besonders Arndts Beiträge I. S. 50 u. ff.) — Hier kann die ganze Frage ihren Platz noch nicht finden, da für jetzt nur die ursprüngliche Gestalt der h. p. uns beschäftigt.

Digitized by Google

tenes. Der **heres** kann nun auch gegen Alle, welche jenen Erbschaftsproceß überhaupt anerkennen müssen, alle Klagen (persönliche und dingliche) wie sie schon dem Erblasser zustanden, anstellen, da jetzt der Widerspruch gegen sein Eintreten in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen entfernt ist.

Allein dieser letzte Satz führt es bereits mit sich, daß, wenn man auch sagen kann, die **hered. pet.** sei das Mittel zur allgemeinen Anerkennung des Erbrechts nach Außen hin, doch die Wirkungen des einzelnen Erbschaftsprocesses nur beschränkte sind. Der Beklagte, welcher mit der **her. pet.** besiegt ist, kann allerdings gleich mit den Vindicationen und persönlichen Klagen ebenso belangt werden, wie der Erblasser sie anstellen konnte. Dagegen wider jeden anderen Dritten muß bei denselben wiederum das Erbrecht von Neuem bewiesen werden. Und hiermit hängt zusammen, daß überhaupt nicht bloß die **hereditatis petitio** den Beweis des Erbrechts voraussetzt, daß also auch der Erbe nicht *alle* aus seinem Erbewerden fließenden Rechte mit der **her. pet.** durchsetzen kann. Ja wir müssen sogar anerkennen, daß die **her. pet.** seit der zweiten Periode der **pro herede usucapio** in einer schiefen, anomalen Gestalt bestand, welche nicht eigentlich mehr zu dem diente, um dessentwillen sie eingeführt war. Es ist eine Klage, welche aus eigenthümlichen Verhältnissen hervorgerufen, nun auch durch deren historisches Fortschreiten bedingt wurde, und deßhalb eine ganz andere Gestalt hat, als wenn man die Rechtsmittel des Erben rein, ohne die Einwirkung äußerer Umstände, aus dem Begriffe des Erbrechtes construirt hätte.

Wäre Letzteres der Fall gewesen, so würde sich von selbst Folgendes ergeben haben:

a) Der Erbe, da er in die vollkommene vermögensrechtliche Person des Erblassers eintritt, muß jedenfalls auch die Klagen anstellen können, welche bereits dem Erblasser zu Gebote standen. Also die dinglichen Klagen, wenn Sachen aus seinem Vermögen hinweggekommen und die persönlichen, wenn ihm irgend eine Forderung begründet worden war. Von allen wird hier vorausgesetzt, daß bereits, als der Erblasser noch lebte, **actio nata** gewesen sei. Der Erbe muß in sie eintreten, und sie also auch, sobald er nur sein Erbrecht beweist,

Digitized by Google

durchsetzen können. Indeß eignen sich dennoch diese Fälle nicht zu einer Universalklage, einer her. pet., weil mit dem Beweise des Erbrechts noch nicht genug geschehen ist, sondern noch der des einzelnen Rechtsverhältnisses ebenso hinzukommen muß, wie ihn der Erblasser hätte führen müssen. Dergleichen einzelne dingliche und persönliche Klagen werden aber selten in Wahrheit gegen dieselbe Person gerichtet sein, und, auch wo dies der Fall wäre, könnte durch eine Cumulation ehr Verwirrung und Nachtheil als Vortheil entstehen. Nennen wir das Gebiet dieser Klagen kurz die Einzelklagen.

b) Diesen muß indeß noch ein anderes Rechtsmittel zur Seite gehen, wenn der Schutz des Erben ein vollständiger sein soll. Alle die Sachen, in deren Besitz der Erblasser sich im Augenblicke seines Todes befand, müssen durchaus unverändert und ungetrennt auf den Erben übergehen. Und wo diese Sachen von Anderen veräußert oder verschlechtert sind, muß eine Ersatzforderung an die Stelle treten. Also auch dies Recht des Erben begreift dingliche und persönliche Elemente, aber mit der Gewährung von Einzelklagen würde ihm hier wenig geholfen sein. Die Sachen, welche der Erbe fordert, brauchten dem Erblasser gar nicht zu gehören, also auch er, der Erbe, kann sie nicht vindiciren, aber dennoch muß er von Anderen deren Herausgabe verlangen dürfen, weil er selbst darauf vom Eigenthümer belangt werden kann. Und wenn er selbst der wahre Erbe ist, so sind ja alle übrigen Personen unbefugte Besitzer dieser Sachen, da wir nur von denen hier sprechen, welche gerade beim Tode des Erblassers sich in dessen Herrschaft befanden, die also nicht mehr mittelst eines schon diesem gegenüber begründeten Rechtsverhältnisses in fremde Hände gekommen sind. Der Besitz dieser Fremden kann sich also nur auf eigenmächtige Besitzergreifung stützen, welche lediglich dadurch, daß der heres sein Erbrecht beweist, als eine unbefugte erscheinen muß. Denn der heres darf verlangen, ganz genau in denselben Vermögenszustand eingesetzt zu werden, wie ihn der Erblasser bei seinem Tode verließ. Also alle diese Rechte auf Sachen oder den an die Stelle tretenden Schadensersatz sind insgesammt auf denselben Beweis gestützt, es muß also auch mit einer Universalklage deren Herausgabe, so-

Digitized by Google

weit sie sich bei einem und demselben Beklagten finden, gefordert werden können. —

Diese rein aus dem Begriffe des Römischen Erbrechtes abgeleitete Unterscheidung der Einzelklagen und der Universalklage auf die **res hereditariae** ist indeß durch die von der **pro herede usucapio** abhängige Gestalt der **hereditatis petitio** vielfach verwischt worden. In der ältesten Zeit, (vor der **pro herede usucapio**) gab es, wie oben (§. 6) ausgeführt ist, noch keine **hereditatis petitio**, indem sich die eigenthümliche Gestalt derselben erst aus der **pro herede usucapio** erklären läßt. Vielleicht giebt man mir den genauen inneren Zusammenhang Beider zu, behauptet aber, da ich selbst eine Universalklage als sich aus dem Begriffe des Erbrechtes ergebend, angenommen habe, daß doch in dieser Weise eine **her. pet.** auch schon früher bestanden, welche dann nur durch Einführung der **pro her. us.** eine Umgestaltung erfahren habe. — Indessen steht dem Folgendes entgegen. Der Begriff des Erbrechts war von jeher bei den Römern Eintritt in die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Verstorbenen. Nach dem aber was in den verschiedenen Zeiten als Theil des gesammten hinterlassenen Vermögens angesehen wurde, konnte doch dieses Erbrecht eine sehr verschiedene äußere Gestalt darbieten. Und wenn wir nun aus dem Erbrecht die Nothwendigkeit einer Universalklage auf Herausgabe der hinterlassenen Erbschaftssachen ableiteten, so war hier von einer späteren Zeit gesprochen, wo darunter viele sein konnten, die gar nicht im Eigenthum des Erblassers gestanden hatten. Dagegen dürfen wir wohl für die frühere Zeit, vor der **pro her. usuc.** annehmen, daß in Folge der allgemeinen Herrschaft des **nexum** Niemand sterben konnte, der nicht alle Sachen, die er hinterließ, fein eigen nennen durfte, die also wahrhaft zu seiner **familia** gehörten [8]). Wo aber ein Complex von Sachen gefor-

---

8) Die familia ist Gegenstand des Erbrechtes, fr. 195. §. 1. de verb. sign. Diese aber ist gleich: patrimonium, Gai. II. 102. und dazu gehört nur, was durch Mancipation auf einen anderen übertragen werden kann: Gai. II. 103. — Familiae emtor, i. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio. — Wir können nicht an-

Digitized by Google

dert wird, an denen allen dem Kläger Eigenthum zusteht, da ist kein Bedürfniß einer besonderen Universalklage, wie wir ja dasselbe noch heutzutage nicht bei der Vindication einer Dos, eines Peculiums, eines Pupillarvermögens finden [9]).

Erst als die pro herede usucapio eingeführt wurde, entstand die hereditatis petitio, aber nun auch in ganz anderer Weise, als daß sie bloß eine Universalklage auf die vom Verstorbenen hinterlassenen Sachen gewesen wäre. Es ist oben entwickelt worden, wie die hered. pet. gar nicht direct auf das Erbschaftsvermögen, d. h. die vom Erblasser zuletzt besessenen Sachen geht, sondern sie eine Durchsetzung des ideellen Erbrechtes ist, welches sonst durch einjährigen Besitz der res hereditariae verloren gehen würde. Aus diesem Grunde ging sie aber überhaupt über den Begriff der res hereditariae ganz hinaus, und wurde auch gegen den nicht zahlenden Schuldner gegeben [10]), weil dieser auch als pro herede Usucapient galt. Wir sehen also, daß sie auch die Einzelklagen zum Theil in sich faßt, bei denen an und für sich gar kein Bedürfniß einer Universalklage besteht, wenn wir nicht Schritt vor Schritt die her. pet. der pro her. usuc. müßten folgen sehen. Wir würden in ihr, wenn nicht der Satz bestanden hätte, nemo sibi causam possessionis mutare potest, gewiß auch den übrigen Theil der Einzelklagen nämlich die Vindicationen, welche bereits dem Erblasser zustanden, finden.

Wäre Letzteres der Fall, so bestände wieder eine völlige Consequenz, indem die her. pet. nun die Gesammtklage für alle Rechte, die der Erbe aus dem Erbfalle überhaupt haben könnte, gewesen wäre. So aber enthielt sie eben nur die Durchsetzung des Erbrechtes dem pro herede Usucapienten

---

nehmen, daß Jemand in Folge eines Depositum, Commodats, Bestellung einer dos etc fremde Sachen in seiner Erbschaft habe hinterlassen können, sondern sie mußten durch nexi datio, wenn auch mit der Verpflichtung der remancipatio ihm übertragen werden. Gai. II. 60.

9) Fr. 56. de rei vind.

10) Fr. 13. §. 15. de her. pet.

Digitized by Google

gegenüber, während die Durchsetzung des Erbrechtes gegen die, welche Sachen des Erblassers aus anderen Gründen im Besitz hatten, von ihr ausgeschlossen war. Bei beiden Klagen war ein doppelter Beweis nöthig; bei der **her. pet.** der des Erbrechts und des Besitzes im Augenblick des Todes (oder der Forderung dem Schuldner gegenüber) — bei der Singularvindication ebenfalls der Beweis des Erbrechts, und das Eigenthum des Verstorbenen. — Da also bei beiden Klagen derselbe Beweis, und bei beiden auch noch ein anderer zu liefern war, so wäre, wenn nicht jener besondere Grund der **pro her. us.** hier gewirkt hätte, es ganz unpassend gewesen, nur die eine dieser Klagen: **hereditatis petitio** (d. h. das Rechtsmittel auf Anerkennung des Erbrechts) zu nennen. —

Wenn sich hiernach die **her. pet.** nur aus der ersten Periode der **pro her. us.** erklären lassen kann, und nur so es sich rechtfertigt, daß sie so wesentlich von den aus dem Begriffe des Erbrechts sich ergebenden Folgerungen abweicht, so war nun gar die zweite Periode der **pro herede usucapio** überall nicht geeignet, sie zu diesen reinen Folgerungen zurückkehren zu lassen. Vielmehr verschwindet, (nach der im §. 37. unter № 3 gegebenen Darstellung) nun auch der wahre Grund, weßhalb man sie den Singularvindicationen gegenüber **hereditatis petitio** nennen konnte, indem jetzt überhaupt das Erbrecht nicht mehr der Gefahr des Verlustes durch Usucapion ausgesetzt war. Nur deßhalb konnte sie jetzt noch Anspruch auf diesen Namen machen, weil mit ihr doch die bei Weitem meisten Befugnisse des Erbrechts durchgesetzt werden, und die Singularvindicationen ihr gegenüber nur ein geringes Gebiet ausfüllen. — Aus dem Gesagten wird zur Genüge hervorgehen, daß die **her. pet.** keineswegs ein Rechtsmittel ist, welches aus den unvermischten Erbrechtsbegriffen hervorgegangen, und also als ein Muster bewußter und vollendeter Römischer Rechtsentwicklung aufzufassen wäre, sondern daß sie die Sklavin der **pro herede usucapio** gewesen ist, welche ja überhaupt so störend in das Römische Erbrecht eingegriffen hat.

§. 47. 2) Dieser Schilderung der **her. pet.** haben wir nun das Wesen der **b. p.** entgegenzuhalten, und danach zu

Digitized by Google

beantworten, ob sich bei ihr eine Nachahmung dieser Klage, eine **fictitia hereditatis petitio** denken lasse.

Es theilt sich dies in zwei Punkte:

a) Die **hereditatis petitio** ist ihrer juristischen Construction nach die Klage auf Anerkennung des Erbrechts. Da die Antretung nach Civilrecht ein reines Privatgeschäft ist, so folgt, daß das angetretene Erbrecht auch nur durch Privatprocesse gegen jeden Einzelnen, der es läugnet, durchgekämpft werden kann. Es ist im Civilrecht kein Institut, wonach durch öffentliche Sanktion, durch obrigkeitliche Autorität Jemand von vorn herein für den Erben erklärt würde, so daß also nur noch über die einzelnen aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse Streit und Beweis von Seiten des **heres** vorkommen könnte [1]). Mithin müssen im Civilrechte Rechtsmittel vorhanden sein, womit nicht bloß diese einzelnen Befugnisse, sondern auch das nach Außen noch nicht anerkannte Erbrecht durchgesetzt wird. Und lediglich darauf geht ihrer juristischen Fassung nach die **her. pet.**

Wie ist dies aber bei der **bon. possessio**? Wenn der Prätor in Folge seines **imperium** [2]) Jemanden als Erben fingirt, so versteht es sich von selbst, daß er den Zustand des vollkommenen Erbeseins annimmt. Also nicht bloß das von Innen (durch Antretung) begründete, sondern das nach Außen allgemein anzuerkennende. Niemand hat das Recht, sich der Prätorischen Machtvollkommenheit zu widersetzen [3]), nur dem wahren **heres** ist es erlaubt, durch Anstellung der **her. pet.** die **b. p.** zur **sine re** zu machen. Ehe dies aber nicht

---

1) Nämlich wenn auch feststände, daß Jemand Erbe sei, so ist damit noch nicht bewiesen, daß die Einzelklagen (dingl. u. persönl.) die er anstellt, begründet seien, und daß der Sachencomplex, den er fordert, sich auch im Besitz des Erbl. als er starb, befunden habe.

2) **Fr. 1 u. 3. de jurisd.**

3) Hiermit ist nicht zu verwechseln, daß Jedermann auch abgesehen von einem Processe auftreten und zeigen könnte, die ertheilte b. p. sei als **non data** anzusehen. Denn alsdann erkannte sie auch der Prätor nicht mehr an. Wo sie aber nach den Prätorischen Erfordernissen vollkommen gültig war, kann auch Niemand der Ausübung der daraus folgenden Befugnisse entgegentreten.

Digitized by Google

geſchehen iſt, darf der b. possessor in Folge der Prätoriſchen Verleihung ohne Widerſpruch alle aus ſeinem fingirten Erbrechte folgenden Befugniſſe geltend machen. Ein Widerſpruch kann nur gegen die Richtigkeit der einzelnen Befugniſſe, alſo ob ſie wirklich aus ſeinem Erbrechte folgten, erhoben werden, und darauf wurde denn auch allein das Beweisverfahren gerichtet. — Wir ſehen dies entſchieden aus der von Gaius angeführten Formel, welche der b. possessor für ſeine Einzelklagen bekommt: **Si A. A. Lucii Titii heres esset, tum si fundum de quo agitur ex jure Q. ejus esse oporteret.** Alſo der Kläger braucht nur zu beweiſen, daß der Lucius Titius das Eigenthum dieſes fundus hatte, wogegen nicht in der Formel etwa noch ſteht: **si Aulo Agerio ex edicto meo b. p. data est**, ſo daß alſo auch darauf noch vor dem Juder ein Beweis gerichtet worden wäre. Sondern ob dem die Klage Verlangenden wirklich die b. p. verliehen worden ſei, das mußte er, ehe ihm die Klage ertheilt wurde, vor dem Prätor ſelbſt nachweiſen, und in den meiſten Fällen wird der Prätor dies ſein **factum proprium** noch ſehr wohl gewußt haben. Ob die b. p. von ihm gegeben ſei, kann doch natürlich nur vom Prätor ſelbſt beurtheilt werden, und ſobald er es bejaht, (und das thut er durch die Ertheilung der **fictitia actio**) ſo kann Niemandem darüber noch ein Widerſpruchsrecht zuſtehen. Wie merkwürdig würde der Auftrag des Prätors an den judex erſchienen ſein, daß dieſer unterſuchen ſolle, ob er (der Prätor) dem Kläger die b. p. gegeben habe! [4]).

Hiernach kann man nun auch nicht ſagen, eine fictitia her. pet. hätte ſo beſtehen können, daß ebenſo wie bei der wahren her. pet. über das civile, ſo hier über das Prätoriſche Erbrecht des Klägers geſtritten worden wäre. Sondern da

---

4) Es ſcheint mir nicht unwahrſcheinlich, wenn wir auch nichts mehr davon wiſſen, weil es begreiflich nicht in Juſtinians Compilation aufgenommen werden konnte, — daß die b. p. in einer Weiſe gegeben wurde, welche dem b. possessor ſeine Legitimation ſehr leicht machte; vielleicht mittelſt Ertheilung einer kleinen ſchriftlichen Notiz. — Dem ſteht nicht entgegen fr. de interrog. in jure, wo der b. possessor als Beklagter aufgefaßt wird.

Digitized by Google

(freilich nicht nach der materiellen Absicht des Klägers, wohl aber nach der juristischen Gestalt der Klage, s. oben §. 37. zu Note 4.) die her. pet. nur auf Anerkennung des Erbrechts geht, so kann sie auch nur da vorgekommen sein, wo zu dieser Anerkennung noch ein Proceß nöthig ist, nicht wo sie schon aus der obrigkeitlichen Verleihung folgt [5]).

b) Indeß wenn man uns auch zugiebt, daß in dieser Weise, also in Beziehung auf die juristische Gestalt der Klage, eine Nachbildung der her. pet. bei der b. p. nicht möglich gewesen sei, so kann doch noch auf eine andere Art die Behauptung zu retten versucht werden. Und ich glaube nicht zu viel zu sagen, wenn ich vermuthe, daß die meisten neueren Schriftsteller, welche das Bestehen einer her. pet. possessoria annehmen, sich die Sache so denken, ohne sich freilich wohl den Unterschied recht klar gemacht zu haben.

Wenn nämlich die her. pet. an und für sich auf Anerkenung des Erbrechts geht, so ist dabei doch die materielle Absicht des Klägers in den meisten Fällen: die Erlangung der res hereditariae, welche der Erblasser bei seinem Tode in

---

5) Arndts (Beiträge I. 57.) giebt zu, daß die fictitia her. pet. nicht die Formel gehabt haben könne: si A. A. L. Seji heres esset, tum si ea hereditas de qua agitur, ex jure Quiritium ejus esset. — Es hieße dies: der Kläger soll heres sein, wenn er heres ist! — Daraus folgert A. daß die her. pet. des b. possessor wesentlich verschieden war von dessen fingirten hereditariae actiones. Aber wie soll denn die Formel gelautet haben? A. führt es gerade so trefflich aus, daß die juristische Gestalt der her. pet. auf Anerkennung des Erbrechts ging, daß sie die heredis actio war, also konnte sie beim b. possessor doch immer nur auf das fingirte Erbrecht gehen: und damit kämen wir stets wieder zu jener unmöglichen Formel zurück! Und kann man wohl glauben, daß es noch eine her. pet. für den b. possessor gebe, wenn Gai. ganz allgemein über die actiones, die aus der b. p. hervorgehen, sagt: directae gebe es nicht, sondern nur fictitiae. Wenn nun die her. pet. nicht zu diesen letzteren gehört, so kann sie bei der b. p. überhaupt nicht vorhanden gewesen sein, da sie doch wahrlich zu den actiones, und nicht zu den Interdicten gehört. (S. oben §. 46. Note 3.) — Auf die anderen von Arndts vorgebrachten Gründe kann hier noch nicht eingegangen werden.

Digitized by Google

Besitz hatte; also die zweite Befugniß, welche wir (§. 46. unter b.), außer den Einzelklagen, aus der Natur des Erbrechts abgeleitet haben. Es bedarf dazu einer Universalklage, weil unter diesen Sachen Vieles sein kann, was dem Erblasser gar nicht gehörte, und also dem Erben später wieder abgefordert werden kann. — Dies Interesse, welches in den meisten Fällen das alleinige bei der **her. pet.** ist, muß nothwendig auch beim **b. possessor** vorhanden gewesen sein. Und daraus folgert man, daß dem **b. possessor** also auch eine **hereditatis petitio** zugestanden haben müsse.

Ich gebe den Hauptsatz vollkommen zu, aber die daraus abgeleitete Folgerung scheint mir auf sehr schwachen Füßen zu ruhen.

Einmal sind doch die Römer wahrlich nicht der Art, daß sie, was allerdings den Wirkungen nach zu etwas Anderem paßt, nun gleich auf dieses übertragen, auch wenn es der juristischen Consequenz völlig zuwider ist. Und daß dies hier der Fall sein würde, glaube ich eben unter a. gezeigt zu haben.

Ferner aber geht aus der obigen Darstellung der **her. pet.** hervor, daß sie ein von den reinen Bestandtheilen des Erbrechts wesentlich abweichendes Rechtsmittel ist, davon abweichen mußte, weil sie dem singulären Institut der **pro herede usucapio** gegenübersteht. Abgesehen von diesem speciellen Grunde würde es nicht zu rechtfertigen sein, weßhalb bei ihr so κατ' ἐξοχήν und nicht auch bei den Einzelklagen auf die bezweckte Anerkennung des Erbrechts Gewicht gelegt wird, und weßhalb sie doch wieder die Hälfte der Einzelklagen (nämlich die persönlichen) in sich aufnahm. Wenn auch die Römer nicht im Geringsten wegen dieser Gestalt der **her. pet.** getadelt werden können, so würden sie doch gerade deßhalb Tadel verdienen, daß sie dies Institut auf andere Verhältnisse ausdehnten, welche gar nicht ein so sonderbar gestaltetes Rechtsmittel erforderten. Unsere Frage kann nämlich offenbar nur so gestellt werden:

Bei der **b. p.** sollte dasselbe Interesse durch ein Rechtsmittel geschützt werden, welches im Civilrechte durch die (aber nicht bloß darauf gerichtete) **her. pet.** realisirt wurde. Wir können doch annehmen, daß die Römer ebensogut die beiden im

Digitized by Google

Erbrecht liegenden Befugniſſe unterſchieden haben, wie uns dies möglich iſt. Daß ſie es wirklich gethan haben, ſehen wir eben aus der Gewährung der **fictitiae actiones**, welche gerade das Gebiet der Einzelklagen umfaſſen; es blieb alſo nur noch übrig, dem **bon. possessor** eine Univerſalklage auf die **res hereditariae** zu gewähren. Es war noch völlig **res integra**, und man brauchte bei der **b. p.** nicht die Rückſichten zu nehmen, welche beim Civilrechte in Betracht kamen. Sollen wir nun annehmen, der Prätor hätte nicht ſo viel Erfindungsgabe gehabt, ein Rechtsmittel zu conſtruiren, welches genau dem Zweck entſprach, den man erreichen wollte? Er habe ſich nur durch Uebertragung eines Rechtsmittels helfen können, welches über den gehegten Zweck weit hinausging [6]), und das für die **b. p.** ganz unjuriſtiſch geweſen wäre, indem man **implicite** damit anerkannt hätte, es wäre darin die eigentliche Durchſetzung des Prätoriſchen Erbrechts enthalten, während doch nur die eine Hälfte der daraus folgenden Befugniſſe damit gemeint war.

Wenn wir nun aber in der That im Prätoriſchen Erbrechte ein Rechtsmittel finden, welches dem Zweck, den der Prätor haben mußte, gerade entſpricht, alſo nicht in das Gebiet der Einzelklagen hinübergreift, ſondern lediglich eine Univerſalklage für die **res hereditariae** iſt, ſo enthält das allen Schutz, den überhaupt der **b. possessor** nöthig hat. Und damit iſt denn aller Raum hinweggenommen, auf dem ſich eine **her. pet. possessoria** aufbauen ließe [7]).

---

6) Wenn wir annehmen, es habe eine **her. pet. poss.** gegeben, ſo hätte der **b. possessor** auch auf doppelte Art die Forderungen des Erblaſſers einklagen können, entweder durch eine **fictitia in pers. act.** oder durch jene **her. pet.** Und dann ſollte es doch zu erklären ſein, daß Gai. IV. 34. nur die erſtere erwähnt! Er ſagt ja gar nicht, daß er hier bloß von den fingirten Einzelklagen ſprechen wolle, ſondern er will darſtellen, welche **actiones** ihm, da er **in locum defuncti** ſuccedire, zuſtehen.

7) Ich bevorworte ausdrücklich, daß ich hier nur von der urſprünglichen reinen Geſtalt der **b. p.** ſpreche. Ob ſich ſpäter in der Kaiſerzeit, als ſie viel Fremdartiges in ſich aufnahm, eine ſolche **her. pet. poss.** gebildet habe, kann hier noch nicht entwickelt werden.

Digitized by Google

Dies Rechtsmittel finden wir allerdings, wie sich zeigen wird, in dem **Interdictum quorum bonorum**, und so werden wir denn von selbst auf die Darstellung eines Institutes geführt, das freilch in der dermaligen Gestalt unserer Literatur zu den bestrittensten Theilen des Civilrechts gehört.

2) Das Interdictum quorum bonorum.

§. 48. Ulpian sagt in fr. 1. §. 1. quor. bon. von diesem Rechtsmittel: **Hoc interdictum restitutorium est, et ad universitatem bonorum non ad singulas res pertinet, et appellatur quorum bonorum, et est adipiscendae possessionis universorum bonorum.** Indessen wird in fr. 2. eod. gleich ein Ausspruch des Paulus hinzugesetzt, der Ulpians Worte, welche man zu allgemein verstehen könnte, wieder restringirt. Es heißt nämlich: **Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.**

Das ist Alles, was die Compilatoren unter diesem Titel von Aussprüchen der Juristen zusammengestellt haben, und in demselben Verhältniß sind auch die übrigen Notizen der Quellen so dürftig, daß den Controversen ein weites Feld geöffnet sein mußte. Diese greifen vielfach in die allgemeinen Fragen über das Wesen und den Proceß der Interdicte ein, weßhalb denn auch im Folgenden nicht bloß immer von unserem Interdicte die Rede sein kann; und überhaupt ist die ganze Interdictenlehre meist nur bei Gelegenheit einzelner Interdicte Gegenstand der Untersuchung für neuere Schriftsteller geworden, wovon denn manche einseitige Auffassung der Sache die Folge gewesen ist.

In Beziehung auf die **Interdicta adipiscendae possessionis** lassen sich mit Rücksicht auf die wichtigste dabei in Betracht kommende Frage zwei Hauptansichten unter unseren Schriftstellern unterscheiden.

Von der einen Seite werden diese Interdicte (und zwar concentrirt sich die Frage vorzüglich auf das **Int. quor. bon.** und **Salvianum**) als petitorische Rechtsmittel aufgefaßt, deren

Digitized by Google

Durchsetzung daher auch in Beziehung auf Beweislast ganz unter den Regeln eines nicht summarischen Verfahrens stehe, und die **exceptio rei judicatae** für die eigentliche dasselbe Rechtsverhältniß betreffende petitorische Klage erzeuge. Danach enthalte das **Int. quor. bon.** soviel als die **her. pet.**, das **Salvianum Int.** soviel als die **Serviana actio.** Daß es hier für einen und denselben Zweck zwei Rechtsmittel gebe, wird meist dadurch erklärt, daß es ursprünglich nur die **Interdicta** gegeben habe. Eine weitere Ausbildung der Lehren habe dann die wahre petitorische Klage hervorgerufen, neben der das Interdict etwa nur um der formellen Vortheile des Interdictenprocesses erhalten sein könne [1]).

Auf der anderen Seite stehen auch noch heutzutage viele Schriftsteller, welche dieser neueren Theorie gegenüber die bisherige allgemeine Praxis auch wissenschaftlich für gerechtfertigt halten, der gemäß auch die **adipiscendae possessionis interdicta** nur **possessionis quaestionem** enthalten, und namentlich das **Interd. quor. bon.** mit der **her. pet.** durchaus nicht zusammenfalle, so daß aus jenem keine **rei jud. exc.** für diese abgeleitet werden könne. Die Anhänger dieser Ansicht verknüpfen damit meistens den Gedanken, daß **Interdicta** summarische Rechtsmittel seien, vorzüglich weil zu ihrer Durchsetzung bloße Bescheinigungen, nicht ein vollkommener Beweis erforderlich wäre [2]).

Die folgende Darstellung wird zeigen, in wie weit der einen oder der anderen Partei Recht gegeben werden könne, und in welcher Weise vielleicht noch mancher neue Gesichtspunkt in

---

1) v. Savigny. Ueber das Int. quor. bon. in seiner Zeitschr Bd. V. S. 1 ff. Bd. VI. S. 229 ff. Fabricius Rhein. Mus. IV. S. 204 ff. Derselbe: b. p. S. 197 ff. — Huschke über das Salvianische Interdict (in den Studien № IV. besonders S. 385 ff.) Puchta Institutionen II. S. 727. S. 507. Note b.

2) Thibaut Archiv f. civ. Prax. X. S. 456 ff. — Francke Notherbenrecht. S. 89 ff. — v. Löhr Archiv f. civ. Prax. XII. S. 85. — Arndts Beiträge. I. S. 108 ff. — Mayer Erbrecht. I. S. 400 ff. — Bayer summar. Proc. 4. Aufl. §. 71 ff. — Mühlenbruch Entwurf des Civilproc. 2. Aufl. S. 205 ff.

Digitized by Google

dieſe Frage hineinzuziehen iſt, deren bisherige Erörterungen immer von Neuem ihre Anhänger aber auch ihre Gegner gefunden haben. Ich kann mich nicht enthalten, Huſchkes treffliche Worte (a. a. O. S. 337) hier vorauszuſchicken, deren Sinn auch in der folgenden Unterſuchung vielfach zu erkennen ſein wird. Er fordert, daß wir das entſchwundene Leben, deſſen Gepräge ja auch in einem erſtorbenen Rechtstheile übrig bleibt, zu uns ſprechen laſſen. „Indem dieſes eine organiſche Einheit iſt, welche durch ſich alles Einzelne und Mannigfaltige in ſeiner Individualität bedingt, ſo müſſen, wenn nur jene Lebensidee richtig erkannt worden iſt, alle Einzelnheiten ſich von ſelbſt ergeben, und die vorhandenen Quellenausſprüche nur als nothwendige Ausflüſſe derſelben erſcheinen. Die Kunſt bei dieſer Behandlung iſt nur die, aus den übriggebliebenen Denkmälern, mit gehöriger Bewahrung vor Willkührlichkeit und mit völliger Durchdringung des Beſonderen von dem Allgemeinen, das urſprüngliche Leben herauszukennen.“ u. ſ. w.

Freilich iſt bei der Suchung dieſes „Allgemeinen,“ dieſer „Lebensidee“ die größte Vorſicht nöthig, da der geringſte Fehler dabei nothwendig dem ganzen Gebäude eine ſchiefe Richtung geben wird. Es muß nothwendig zuerſt von uns geprüft werden, ob nicht bereits in unſerer bisherigen Entwicklung ſichere Anhaltspunkte für die „Lebensidee“ des **Int. quor. bon.** zu finden ſeien.

a) Verhältniß der hered. pet. zum Princip der b. p.

§. 49. Wir knüpfen unmittelbar an die Ausführungen der §§. 46. und 47. an, und haben hier die daraus ſich ergebenden Reſultate zu ziehen. Wenn wir dort nachgewieſen haben, daß der Prätor nicht an die Ertheilung der **fictitia her. pet.** gedacht haben kann, ſo ſprechen dieſelben Gründe hier gegen die Annahme, daß dem **Int. quor. bon.** der Umfang der **her. pet.** beizulegen ſei. Denn ſonſt würde ja dieſes Interdict, nur unter einem anderen Namen, wieder jene **fict. her. pet.** ſein. Wir haben in dem Princip der **b. p.**, demzufolge der Prätor einen interimiſtiſchen Herrn der **bona** aufſtellen wollte, die Baſis, und wir können nicht annehmen, daß der Prätor

Digitized by Google

von ihr bei der Construirung der dem **b. possessor** gewährten Rechtsmittel willkührlich abgegangen sei, so daß also die allgemeine Lebensidee der **b. p.** auch für die Gestaltung des **Int. quor. bon.** maßgebend ist. Dieser Basis gegenüber haben wir jetzt durch die klarsten Quellenzeugnisse das Gebiet und das Wesen der **fictitiae actiones** kennen lernen. Aus diesen zwei Anhaltspunkten muß sich auch unser Interdict ergeben, indem wir einestheils sehen, welchen Schutz überhaupt die **b. possessio** durch Klagen erheischte, und anderntheils auch den Kreis kennen, welchen die **fictitiae actiones** beherrschten. Offenbar nämlich muß Alles, was nicht in diesem Kreise liegt, und doch eines Schutzes durch Klage bedarf, nothwendig das Gebiet des **Int. quor. bon.** ausgemacht haben, des einzigen Rechtsmittels, welches Gaius, als dem **bonorum possessor** zuständig, noch neben jenen **fictitiae actiones** erwähnt [1]).

Die Resultate, welche wir hieraus nun abzuleiten haben, werden wir denn auch unmittelbar durch die im vorigen §. bereits angegebenen Quellenaussprüche bestätigt finden.

1) Das ganze Gebiet der Einzelklagen ist durch die **fictitiae actiones** umfaßt, und wir können doch unmöglich von vorn herein annehmen, daß der Prätor sie nochmals in das andere aufzustellende Rechtsmittel hereingezogen habe, da ein unnützer Ueberfluß gleichbedeutender Klagen nicht eben der Gegenstand seines Strebens war. Außer den Einzelklagen aber folgt, wie das oben §. 46. entwickelt ist, aus dem Erbrecht nur noch die Befugniß, daß die Masse der körperlichen Sachen, ebenso wie der Erblasser sie bei seinem Tode im Besitz hatte, in der Hand des Erben vereint würde.

Dies trifft nun vollkommen mit dem Ausspruch des **fr. 2. quor. bon.** zusammen, wonach das Interdict nur gegen die **corporum possessores** geht, nicht aber gegen die **debitores hereditarii**, da diesen gegenüber bereits die persönlichen Einzelklagen gegeben sind.

Schon v. Löhr hat diesen Grund der Savigny'schen Ansicht entgegengesetzt und daraus geschlossen, das **Interd. quor. bon.**

---

1) **IV. 144.** vergl. mit **IV. 34.**

Digitized by Google

könne also nicht **eandem quaestionem** mit der **her. pet.** enthalten, welche entschieden auch gegen die **debitores** gerichtet sei [2]). Indeß haben die folgenden Schriftsteller diesen Punkt zu leicht hingenommen, und, ohne die von Fabricius [3]) dagegen gemachten Bemerkungen zu beachten, die eigentlichen hier verborgenen Schwierigkeiten übergangen. Wenn man nämlich streng den Worten des Paulus gemäß behauptet, das Interdict gehe nur auf die vorhandenen körperlichen Sachen, welche der Erblasser besaß, so wird damit zweierlei von demselben ausgeschlossen.

Erstens die **debitores defuncti** d. h. die, welche aus einem Rechtsgeschäfte oder Delicte noch zu Lebzeiten des Erblassers sich diesem verbindlich gemacht hatten. Fabricius giebt vollkommen zu, daß gegen diese das Interdict nicht angestellt werden konnte, aber er erklärt dies für gar keinen Gegengrund, daß Interdict und **her. pet.** nicht **eandem quaestionem** enthalten habe. Letztere gehe nämlich eigentlich auch nicht gegen die **debitores defuncti** [4]), wovon nur eine singuläre nicht ganz consequente Ausnahme bestände, wenn der Schuldner sich selbst Erbrecht zuschreibt. Diese Ausnahme rechtfertige sich von selbst aus dem praktischen Bedürfniß. Gegen einen einzelnen Schuldner, der zugleich Sachen aus dem Nachlasse besitze, werde Niemand die **her. pet.** anstellen. Wäre aber ein **pro herede possessor** zugleich Schuldner des Erblassers, so sei es bequem und nicht unpassend, diese Obligation mit der allgemeinen Klage zugleich geltend zu machen.

Indeß kann diese Darstellung nach den von uns gegebenen Entwicklungen nicht für richtig gehalten werden. Die Belangung der **debitores** ist nicht bloß eine singuläre Ausnahme, sondern sie folgt unmittelbar aus dem Principe der **hereditatis petitio**, indem diese gegen jeden **pro herede** Usucapienten

---

2) **Fr. 13. §. 15. de her. pet.**

3) Rh. Mus. IV. 205 ff.

4) Zum Beweise wird fr. 42. de her. pet. angeführt: **Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed ideo quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatis petitione.**

Digitized by Google

gestattet sein muß, und hierunter auch der nicht zahlende Schuldner gehört. Es ist daher keineswegs anzunehmen, daß die her. pet. gegen ihn nur dann angestellt worden sei, wenn er auch zugleich **corporum possessor** war; in unseren Quellen ist davon keine Spur zu finden. Jene Stelle aber, auf die sich Fabricius beruft, ist so zu verstehen (Note 4.):

Gegen Jemanden, der die Erbschaft besitzt, stellt ein anderer die **her. pet.** an, und es fragt sich nun, wie es während dieses Processes mit den Erbschaftsschuldnern zu halten ist. Diese können vollkommen bereit sein zu zahlen, aber sie sind vielleicht ungewiß, wem von den streitenden Theilen das Erbrecht zustehe, vielleicht sind sie sogar vom Rechte des Beklagten überzeugt (**neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem**) [5]). Sollen sie darum mit in den Erbschaftsproceß hineingezogen werden? Offenbar wäre dazu gar kein Grund vorhanden, da sie ja nur das Ergebniß des schwebenden Erbschaftsprocesses abwarten wollen, um dem Sieger zu zahlen, da sie selbst gar keine (rechtliche oder unrechtliche) Ansprüche auf die Erbschaft machen, (**non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem**). Es wird hier demnach ebenso gehalten, wie mit den Erbschaftsgläubigern, welche auch das Ende des Processes abwarten müssen [6]). — Damit will Ulpian gar nicht sagen, daß die **her. pet.** nur gegen den Schuldner, **qui se dicat heredem esse**, angestellt werden könne; sondern auch gegen den reinen **pro possessore possidens**, der sich in keiner Weise auf Erbrecht stützt, und lediglich nur nicht zahlen will [7]), muß sie zulässig sein, sobald er nur nicht sein Nicht-Zahlen mit dem Schweben eines Erbschaftsprocesses entschuldigt.

---

5) Da in der Stelle gerade geläugnet wird, daß gegen die debitores die her. pet. gehe, so beweisen diese gesperrten Worte entschieden, daß hier ein Erbschaftsproceß gegen einen anderen vorausgesetzt wird.

6) L. 12. C. de her. pet. — Fr. 5. §. 2. de her. pet. — Eorum judiciorum, quae de hereditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in praejudicium ejus fieri debeat.

7) Fr. 12. de her. pet. „qui interrogatus: cur possideat, responsurus sit: quia possideo."

Digitized by Google

Es wäre gar kein Grund, dieſen von der **hered. pet.** auszuſchließen, ja gerade gegen dieſen **mala fide** die Zahlung verweigernden, mußte wegen der **pro herede usucapio** die Klage ſelbſt nach dem Hadrianſchen Sct. [8]) von der größten Bedeutung ſein. So wird ſie denn auch von demſelben Ulpian ganz allgemein gegen jeden **debitor defuncti** für zuläſſig erklärt [9]), und wenn wir das **fr. 42.** in dem Zuſammenhange hätten, in dem es geſchrieben ſein wird, ſo würde auch wohl nicht einmal der Schein vorhanden ſein, als wenn Ulpian hier ſich ſelbſt widerſpräche. —

Hiernach iſt allerdings das Reſultat, daß wir es als eine Verſchiedenheit der Grundprincipien zu erkennen haben, wenn wir die **her. pet.**, nicht aber das **Int. quor. bon.** gegen die **debitores defuncti** gerichtet ſehen.

Zweitens aber iſt in Beziehung auf jenes **fr. 2. quor. bon.** und den daraus abzuleitenden Umfang unſeres Interdicts noch ein anderer Punkt nicht außer Acht zu laſſen, und dieſer muß durch eine terminologiſche Bemerkung eingeleitet werden. — Die Römiſchen Juriſten gebrauchen den Ausdruck **debitor hereditarius** in einer doppelten Bedeutung, einer weiteren und einer engeren. Einestheils bezeichnet es alle, die ſich aus Contracten oder Delicten dem Erblaſſer oder der **hereditas jacens** (nicht aber dem Erben der ſchon angetreten hat) [10]), verbindlich gemacht haben. Hier umfaßt es alſo auch die **debitores defuncti** [11]). Anderntheils bedeutet es nur

---

8) Weil auch ſeitdem die pro. her. us. nur durch die her. pet. revocirt werden konnte.

9) Fr. 13. §. 15. fr. 16. §. 3. de her. pet.

10) Fr. 16. §. 3. — sed si heredis negotium gessit, nequaquam; ab heredis enim debitore peti hereditas non potest.

11) Fr. 13. §. 15. fr. 14. fr. 15. de her. pet. — Item a debitore hereditario, quasi a juris possessore, nam et a juris possessore posse hereditatem peti, constat. — Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert. Debitor autem hereditarius intelligitur is quoque, qui servo hereditario promisit, vel ante aditam hereditatem damnum dedit — vel aliquam rem hereditariam subripuit. — So auch in jenem fr. 42. cit. – fr. 15. §. 1. Sed et is, qui pretia rerum

Digitized by Google

die, welche aus Delicten oder **negotiorum gestio** der **hereditas jacens** obligirt sind, wohin also auch Alle gehören, die aus dem Verkaufe von Erbschaftssachen, oder der Einklagung von Erbschaftsforderungen Gelder empfangen haben. Hier wird es den **debitores defuncti** entgegengesetzt [12]).

Es ist nun die Frage, ob diese **debitores hereditarii** im engeren Sinne mit jenen **debitores defuncti** juristisch auf gleicher Stufe gestanden haben, so daß also der Civilerbe, der jedenfalls gleichmäßig gegen sie die **her. pet.** anstellen konnte, sie auch beide, wenn er wollte, mit **Einzelklagen** belangen durfte, wozu er wenigstens in Beziehung auf die **debitores defuncti** entschieden das Recht hatte. Und daran knüpft sich die andere Frage, ob nämlich diese **deb. her.** ebensogut wie die **deb. def.** vor Hadrian das Recht auf die **pro her. us.** hatten? — Ich glaube diese Fragen unbedenklich bejahen zu können. Was die letztere betrifft, so folgt sie eigentlich schon von selbst daraus, daß die **pro. herede us.** vor Hadrian erlaubt war. Wer die Erbschaftssachen an sich reißen kann, und als die seinigen behandeln, der darf doch auch dieselben veräußern, verschlechtern, ja vernichten, und wenn er auch daraus verhaftet wird, so muß er für diese Handlungen doch dieselbe Entschuldigung vorbringen dürfen, welche ihm für die erste Aneignung der Sachen zur Seite steht; mit andern Worten, er muß sich gegen solche Forderungen ebensogut auf die **pro her. us.** berufen können, wie jeder **debitor defuncti** und jeder Besitzergreifer von Sachen, die er noch unverändert in seinem Besitz hat. Ebendeßhalb können diese auch ganz gleichmäßig mit der **her. pet.** belangt werden. — Aber in dieser juristischen Gleichstellung des **debitor defuncti** und **deb. hereditarius** liegt noch mehr; Beide müssen auch ebenmäßig durch Einzelklagen zu belangen sein. Einestheils wird dies schon

---

hereditariarum possidet, item qui a **debitore hereditario** exegit, petitione hereditatis tenetur.

12) Fr. 15. §. 3. de her. pet. — Non solum autem a **debitore defuncti**, sed etiam a **debitore hereditario** peti hereditas potest. Denique („z B.") ab eo, qui **negotia hereditaria** gessit, et Celso et Juliano videtur peti hereditatem posse.

Digitized by Google

durch jene Terminologie bewieſen, wonach Beide mit dem Ausdruck **debitores hereditarii** im weitern Sinne zuſammengefaßt ſind, und unmöglich noch eine juriſtiſche Verſchiedenheit zwiſchen ihnen angenommen werden kann. Anderntheils aber rechtfertigt es ſich von ſelbſt durch jene bekannte Auffaſſung der Römer daß in der **hereditas** die Perſönlichkeit des Erblaſſers noch als fortlebend gedacht wird [13]). Alſo muß denn auch der **debitor hereditarius** gleichſam als **debitor defuncti** angeſehen werden [14]). —

Machen wir nun hievon die Anwendung auf das prätoriſche Erbrecht. Wenn Paulus in **fr. 2. quor. bon.** ſagt: **hoc interdicto debitores hereditarii non tenentur,** ſo kann er unmöglich dieſen Ausdruck in jenem engeren Sinne genommen haben, und auch wenn es geſchehen wäre, ſo würden dem doch die **debitores defuncti** juriſtiſch gleichſtehen. Und umgekehrt kann auch Paulus darunter nicht bloß die **debitores defuncti** verſtanden haben, da überhaupt eine ſolche

---

13) Pr. J. de stip. serv. — personae defuncti vicem sustinet. §. 2. J. de her. inst. — personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti. fr. 34. de acq. rer. dom. — Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet. fr. 33. §. 2. eod. ex persona defuncti vires assumit. — Daraus folgt freilich noch nicht, daß man nicht doch der her. jac. juriſtiſche Perſönlichkeit beilegen könnte, (Savigny Syſt. II. S. 363.) worauf hier indeß nicht weiter eingegangen werden kann.

14) Entſchieden beweiſt ſich unſere Behauptung aus folgendem Beiſpiel: fr. 43. ad. leg. Aquil. — Ob id quod antequam hereditatem adires, damnum admissum in res hereditarias est, legis Aquiliae actionem habes, quod post mortem ejus, cui heres sis, acciderit etc. verglichen mit fr. 20. §. 4. de her. pet. — Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire, quaeritur utrum cum sua natura veniant, an contra? utputa est quaedam actio quae infitiatione crescit; utrum cum suo incremento an vero in simplum veniet? ut legis Aquiliae. Et Julianus scribit simplum soluturum. — Wir ſehen alſo, daß die hereditariae actiones gar nicht in der her. pet. ganz abſorbirt und recipirt werden, daß es in der Wahl des Erben ſteht, ſie mittelſt der Univerſalklage oder als Einzelklage geltend zu machen.

Digitized by Google

Terminologie, wonach die **debitores hereditarii** gerade den **debitores hereditarii** im engern Sinne entgegengesetzt werden sollten, widersinnig sein würde. Vielmehr kann der Jurist nur jene weitere Bedeutung im Sinne gehabt haben, und da nicht der geringste Grund vorhanden ist, die Aechtheit seiner Worte zu bezweifeln, so folgt also, daß vom Interdicte alle Obligationen ausgeschlossen sind, welche dem Erblasser oder der **her. jac.** gegenüber begründet sind. Paulus bestätigt dies ausdrücklich, indem er den Gegensatz noch besonders hinzufügt: **sed tantum corporum possessores (tenentur).**

Danach kann wohl die wesentliche Verschiedenheit des Gegenstandes zwischen **her. pet.** und **Int. quor. bon.** nicht mehr geläugnet werden. Aber darin liegt nicht zugleich, daß dem **bon. possessor**, der doch in alle Befugnisse eines Erben eintreten sollte, keine Klagen gegen die **debitores hereditarii** zugestanden hätten. Vielmehr wurden sie von ihm, da sie den **debitores defuncti** juristisch gleichstehen, und da auch der **heres** gegen sie mit Einzelklagen auftreten konnte, ganz gleichmäßig durch **fictitiae in personam actiones** belangt [15]). Und so ist also der **b. possessor** hier völlig genügend geschützt. — Dies gerade scheint von Fabricius verkannt worden zu sein, und danach mußte er dazu getrieben werden, den Beweis zu versuchen, (a. a. O.) daß wenn das Interdict auch nicht gegen die **debitores defuncti**, es doch ebenso wie die **her. pet.** gegen die **debitores hereditarii** müsse gebraucht werden können. — Seine Gründe sind nicht haltbar. Er geht als von etwas Unzweifelhaftem davon aus, daß das Interdict erst nach dem

---

15) Wenn man irgend juristisch consequent sein will, so muß man dies annehmen, auch wenn man das Int. auf die **debitores hereditarii** ausdehnen wollte. Und darin kann uns auch Gaius nicht irre machen, der die **fictitiae actiones** scheinbar auf die **debitores defuncti** beschränkt (IV. 34. neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dari sibi oportere). Diese deb. def. sind die Hauptsache, an die sich die deb. her. von selbst anschließen, und auf die genaueren Einzelnheiten einzugehen, konnte in den Institutionen nicht Gaius Sache sein. Die Formel der fictitia in pers. act., welche Gaius angiebt, paßt vollkommen auch auf die **debitores hereditarii** im engern Sinne.

Digitized by Google

Vorbilde des Hadrianſchen Senatusconſults für die **her. pet.** eine Reſciſſion der **pro hered. usuc.** und die Anwendbarkeit auf den **qui dolo malo desiit possidere** in ſich aufgenommen habe. Dann aber ſei es gegen alle Conſequenz, anzunehmen, daß nicht auch die übrigen Fälle, in denen die **her. pet.** angeſtellt werden könnte, für das Interdict recipirt worden wären [16]). — Allein ſchon an und für ſich berechtigt jene Vorausſetzung noch gar nicht zu einem ſolchen Schluß, und außerdem iſt die Vorausſetzung ſelbſt oben bereits (§. 21.) als eine höchſt unwahrſcheinliche dargeſtellt worden. — Für die Zeit vor Hadrian aber weiß F. überhaupt keinen Grund vorzubringen, als eine höchſt precäre Vermuthung, daß die Edictsworte des Interdicts anders gefaßt worden ſeien [17]). Aber auch wenn man ihm die vorgeſchlagene Faſſung zugäbe, ſo wäre damit für ſeine Behauptung gar nichts bewieſen.

Danach bleibt nur noch ein Grund übrig, die Berufung auf **fr. 1. §. 1. quor. bon.**, wodurch die Behauptung des Paulus, daß das Interdict nur gegen die **corporum possessores** gehe, widerlegt werden ſoll. Von dieſer Stelle wird alsbald noch beſonders gehandelt werden (ſ. d. flgdn. §. Note 9).

§. 50. Ebenſo wie wir aus dem Principe der **b. p.** ſich den Gegenſtand des **Int. quor. bon.** anders als bei **her. pet.** entwickeln ſehen, ſo läßt daſſelbe ſich auch

2) für den Zweck unſeres Rechtsmittels durchführen. —

---

16) Der Beweis, den F. hierfür aus den Edictsworten (fr. 1. pr. quor. bon. ſ. oben §. 21.) ableitet, widerlegt ſich gleichſam ſelbſt. Der darin vorkommende Ausdruck: de his bonis ſei ſo allgemein, daß man ihn ſchwerlich auf Sachen, welche der Bekl. in natura beſitze, beſchränken dürfe. Aber der Prätor ſagt ja nicht, das Interdict ſolle allgemein auf die bona gehen, ſondern auf id, quod de his bonis possides, alſo gerade auf das, was der Bekl. noch in natura beſitzt. Wie weit es auch auf das gehen ſolle, was er nicht mehr beſitzt, findet ja der Prätor nöthig, noch beſonders hinzuzuſetzen (possideresve si nil usucaptum esset, quodque dolo malo etc.

17) Es ſoll nämlich ſtatt der Worte: de his bonis früher eorum geheißen haben.

Digitized by Google

Wenn die her. pet. auch mancherlei obligatorische Bestandtheile enthält, so haben es dessenungeachtet die Römischen Juristen wohl erkannt, daß der Kern der Klage sich doch immer auf die corpora hereditaria beziehe, d. h. auf alle die Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode im Besitz hatte. Es folgt dies von selbst daraus, daß hierauf hauptsächlich sich auch das Institut der pro herede usucapio bezog, um dessentwillen ja die her. pet. so gestaltet worden ist, wie wir sie im Röm. Rechte finden [1]). Man wollte gerade ein Mittel haben, die Herausgabe der Sachen zu verlangen, durch deren Besitz der Beklagte im Begriff war, das Erbrecht des Klägers zu verletzen, woraus denn die Regel sich erklärt, daß was nicht restituirt werden kann, auch nicht in diese Klage gehört [2]). — So sehen wir, daß die stete Abhängigkeit von der pro her. usuc. doch nicht ganz die Gestalt der her. pet. zu verwischen vermogt hat, welche sie rein dem Auge darbieten würde, wenn sie ohne äußere Einflüsse aus dem Begriffe des Erbrechts abgeleitet wäre. Wenn es nie eine pro her. usuc. gegeben hätte, so würde, wie sich wohl ohne Träumerei sagen läßt, seit der Zeit, wo ein Erblasser mehr als Eigenthumsgegenstände hinterlassen konnte (§. 46. Note 8.), die Klage folgendermaßen construirt worden sein. Man würde einestheils das Gebiet der Einzelklagen als die eine Hälfte der aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse, völlig abgesondert gehalten haben [3]). Es würde diesen die her. pet. als die zweite Hälfte dieser Befugnisse gegenübergesetzt worden sein, nämlich als Klage auf die Gesammtheit der Erbschaftssachen [4]). Beide Gebiete haben

1) Fr. 25. §. 18. de her. pet. — Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen praestationes quasdam personales, utputa eorum, quae a debitoribus sunt exacta, item pretiorum.

2) Fr. 19. §. 3. eod. — Servitutes in restitutione hereditatis non venire ego didici, quum nihil eo nomine possit restitui, sicut est in corporibus et fructibus; sed si non patiatur ire et agere propria actione convenietur.

3) Etwa mit Ausnahme der debitores hereditarii im eng. Sinne, welche der Natur der Sache nach so zwischen beiden Gebieten liegen, daß sie auch zu beiden gerechnet werden können.

4) Fr. 19. pr. de her. pet.

Digitized by Google

das Gemeinsame, daß ein und derselbe Beweis, der des Erbrechts, zu liefern ist. Beide trennen sich wieder durch andere verschiedene Beweispunkte, welche dem Kläger obliegen (§. 46. gegen das Ende). Aber darin liegt denn auch, daß die her. pet. nicht den vorherrschenden Charakter gehabt haben würde, als wenn sie die eigentliche und einzige [5]) Klage wäre zur Geltendmachung des Erbrechtes, der ideellen hereditas. Es würde klar ausgesprochen sein, daß sie nur auf die reelle hereditas, die Erbschaft, nicht das Erbrecht gehe und dabei hätte sie doch dieselbe formelle intentio haben können (hereditatem meam esse) [6]), aber freilich in ganz anderem Sinne.

Es ist nicht zu läugnen, daß als die pro herede usucapio nicht mehr eine Ersitzung des Erbrechtes gewährte, die Römer immer näher dazu hingeführt werden mußten, die Klage vielfach bloß nach dem dadurch realisirten Zweck, nicht so sehr nach ihrem einmal bestehenden juristischen Gewande ins Auge zu fassen, und so ist es nicht unmöglich, daß jene in Note 2. angegebene Regel erst seitdem entstanden ist. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß sie nie das anfängliche juristische Princip der Klage, das direkt auf die Anerkennung des Erbrechtes geht, aufgegeben haben, woher es kommt, daß die Römischen Juristen wieder in anderen Stellen fast zu wenig ihr das Gebiet der Einzelklagen entgegensetzen [7]).

Von dieser juristischen Gestalt der her. pet. sehen wir jetzt im Vergleich mit dem Int. quor. bon. ganz ab, sie konnte in dem Prätorischen Rechtsmittel nicht nachgeahmt werden, weil es sonst wieder jene fictitia her. pet. sein würde, die, wie vorher gezeigt ist, dem ursprünglichen Begriff der b. p.

---

5) Sollte man nicht glauben, wenn man Stellen liest wie fr. 20. §. 4. de her. pet.: „Quum praedixerimus, omnes hereditarias actiones in hereditatis petitione venire". — es sei dies die Klage zur Geltendmachung des gesammten Erbrechtes?

6) Fr. 10. §. 1. de her. pet.

7) Hieraus erklären sich leicht die verschiedenen Ansichten neuerer Schriftsteller, wonach einestheils man die her. pet. als allgemeine Klage für alle Befugnisse des Erbrechts angesehen, anderntheils sie wieder bloß auf die relle hereditas beschränkt hat.

Digitized by Google

durchaus fremd sein mußte. Aber jener Hauptzweck der **her. pet.**, nämlich die Herausgabe der gesammten **corpora hereditaria** [8]) muß noch genauer ins Auge gefaßt werden; wir haben zu fragen, ob nicht wenigstens in Beziehung auf sie, das **Int. quor. bon.** mit der **her. pet. eandem quaestionem** enthalten habe?

Bei der Construirung der Rechtsmittel für den **bonorum possessor** als fingirten **heres** hatte der Prätor freie Hand, er konnte sich von dem aus dem Begriffe des Erbrechtes Folgenden allein leiten lassen. Eben deßhalb sondert er das Gebiet der Einzelklagen vollkommen ab; aber diesem mußte als zweites ein anderes Rechtsmittel gegenübergestellt werden, damit das Eintreten in die Persönlichkeit des Erblassers vollendet werde. Ein Rechtsmittel, wodurch die vom Verstorbenen innegehabten **corpora** ebenso wieder beim **b. possessor** vereinigt würden. Bei diesem Rechtsmittel können unmöglich von Seiten des Besitzers Einreden darauf gestützt werden, daß der Erblasser kein definitives Recht an den Sachen gehabt habe, denn dadurch wird noch nicht gerechtfertigt, daß der Bekl. im Besitze sei. Sondern dies Verhältniß muß ganz so wieder hergestellt werden, wie es beim Tode des Erblassers war, und da hier dieser im Besitze, also in der Lage war, daß Andere mit ihren Ansprüchen auf Sachen **klagend** gegen ihn auftreten mußten, so hat auch der **b. possessor** das Recht, auf die Beklagtenrolle Anspruch zu machen, oder mit andern Worten, der Besitzer von Erbschaftssachen ist vorerst verpflichtet diese herauszugeben, und dann mit seinen etwaigen Ansprüchen darauf **klagend** aufzutreten. Hierin liegt denn auch zugleich, daß ebensogut wie der Besitzer keine dergleichen Fragen einmischen darf, so auch der **b. possessor**, um die Herausgabe der Erbschaft zu verlangen, sich auf Beweise über das etwaige Recht des Erblassers an diesen Sachen gar nicht einzulassen braucht, sondern

---

8) Es sei mir erlaubt, unter diesem kurzen Ausdruck alle in der Detention des Erblassers mortis tempore gestandenen Sachen zusammenzufassen, obgleich freilich Paulus in fr. 19. pr. de her. pet. ihn im engeren Sinne nimmt.

ſobald nur feſtſteht, daß er die b. p. erhalten habe, ſeine Forderung lediglich auf den Beweis, daß die Sachen ſich zuletzt in der Detention des Erblaſſers befanden, ſtützen kann. Dieſer Beweis geht nur auf die genauere Beſtimmung der Sachen, welche gefordert werden, während das Recht, ſie zu fordern, ſich lediglich auf die Ertheilung der b. p. ſtützt. Eine ſolche Forderung aber, die ſich lediglich auf einen einzigen juriſtiſchen Gruud ſtützt, iſt gerade das, was wir mit dem Ausdrucke einer Univerſalklage bezeichnen. Denn nicht irgend eine äußere Verbindung macht eine Menge einzelner Sachen zur **universitas**, ſondern das Recht einer beſtimmten Perſon, ſie alle aus einem und demſelben Grunde, ohne ſich weiter auf jede dieſer Sachen beſonders einzulaſſen, einfordern zu dürfen. —

Das kurze Reſultat hievon iſt alſo, daß es aus der Natur der b. p. hervorgeht, der **bon. possessor** müſſe lediglich in Folge des ihm verliehenen fingirten Erbrechtes eine Univerſalklage auf alle von Anderen in Beſitz genommenen **corpora hereditaria** gehabt haben. Und das iſt es gerade, was unſere beiden Pandektenfragmente im Titel **quorum bonorum** ſagen. Nach Paulus iſt es gegen die **corporum possessores** gerichtet, und Ulpian hebt hervor, daß es **ad universitatem, non ad singulas res pertinet** [9]).

Vergleichen wir nun hiermit den Hauptzweck der **her. pet.** ſo enthält dieſer offenbar daſſelbe. Auch damit fordert man die **corpora** ein [10]), auch hier wird die Klage auf die **universitas** gerichtet [11]), indem die klägeriſche Behauptung

---

9) Alſo dieſe Stellen widerſprechen ſich nicht allein nicht, ſie gehören weſentlich zu einander. Fabricius a. a. O. kann nur auf höchſt willkührliche Weiſe einen Widerſtreit beider Stellen herausbringen. Das Wort universitas bezeichne gerade einen Complex verſchiedenartiger (?) Rechte, wogegen das: singulae res ſich nur auf Eigenthum (?) im eigentlichen Sinne, alſo auf Körper deuten ließe. Mithin ſage Ulpian, daß das Interdict nicht bloß gegen die corporum possessores gehe. Und natürlich muß dem nun der Ausſpruch des Paulus weichen!

10) Fr. 19. §. 3. de her. pet.

11) Fr. 18. §. 2. eod. — Et placuit, universas res hereditatis in hoc judicio venire, (sive jura) sive corpora sint. — Fr.

Digitized by Google

sich ebenfalls auf einen einzigen Grund, sein Erbrecht stützt, welches er also beweisen muß, wozu noch der andere, auch vom b. possessor zu liefernde Beweis kommt, daß die Sachen mortis tempore im Besitz des Erblassers gewesen wären. So sind denn auch hier die Fragen über das besondere Rechtsverhältniß an einzelnen Sachen ganz ausgeschlossen, indem gerade durch den Sieg mit der her. pet. der heres in die Lage versetzt werden soll, daß in Beziehung auf jene besonderen Verhältnisse Andere klagend gegen ihn auftreten müssen.

Wenn also in allen diesen Punkten vollkommene Uebereinstimmung zwischen Int. quor. bon. und her. pet. durchaus zugegeben werden muß, so ist die Vermuthung leicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel auch überhaupt völlig eandem quaestionem enthalten hätten. Indeß kann, wie mir scheint, diese Vermuthung, abgesehen noch von allen anderen Beweisen, auch wieder bereits aus dem Principe der b. p. widerlegt werden.

Ebenso wie bei den fictitiae actiones kein Beweisverfahren vor dem judex über die Ertheilung der b. p. Statt finden kann, so muß es auch bei dem Int. quor. bon. sein. In der Ertheilung der b. p. liegt zugleich die Verpflichtung des Prätors, dem b. possessor dieses Rechtsmittel zu gewähren, und umgekehrt, sobald im einzelnen Fall für Jemanden das Interdict gesprochen wird, so liegt darin, daß ihm der Prätor die b. p. gegeben habe [12]). Der Beweis dreht sich vor dem judex nur darum, ob die vom Bekl. besessenen Sachen corpora hereditaria sind. Gelingt er, so sollen sie herausgegeben werden. Bei den fictitiae actiones ist die Formel so gefaßt, daß nicht etwa dem Gaius Seius, als Gaius Seius, das Eigenthum der Sache oder die Forderung zugesprochen wird, sondern daß er nur als fingirter interimistischer heres sie einklagen darf. Damit ist also immer die Möglichkeit gelassen wor-

---

20. §. 10. eod. — Non solum autem in hereditate utimur SCto, sed et in peculio castrensi et alia universitate.

12) Der Prätor kann im einzelnen Fall nicht die allgemeine Edictsformel des Interdictes ausgesprochen haben, sondern es mogte etwa so lauten: quod de Lucii Titii bonis, quorum possessio Gaio Seio data est, — possides — id illi restituas.

Digitized by Google

den, daß der heres noch wieder dem b. possessor die Erbschaft, und also auch das mit jenen Klagen Erlangte, abfordern dürfe. Eine exceptio rei judicatae ist undenkbar. Ebenso muß es beim Int. quor. bon. sein. Der b. possessor will nur einstweilen die Sachen haben, die dann der heres wieder von ihm abfordern kann. Aber dies Auftreten des heres setzt die Anstellung der her. pet. voraus, so daß dem b. possessor die Beklagtenrolle zufällt. Bis er in diesem Proceß besiegt ist, gilt er, durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirt, für den Erben. Und ebensogut wie er sich nicht weigern kann, weil er nicht heres sei, die Creditoren und Pontifen zu befriedigen, so können auch Andere nicht diesen Grund anführen, um das dem heres zu Leistende dem b. possessor vorzuenthalten. Gerade weil die her. pet. noch hinterdrein kommt, müssen die Rechtsmittel des b. possessor einen ganz anderen Zweck haben. Bei der her. pet. muß das Erbrecht bewiesen werden, aber deßhalb wird auch die Herausgabe der corpora hier definitiv festgestellt. In Beziehung auf die Eigenthumssachen des Erblassers hat sie völlig die Wirkungen der rei vindicatio, und nur in Beziehung auf die res commodatae, depositae etc. wird dadurch bloß ein interimistisches Haben bezweckt. Aber gerade hierin liegt der stringente Beweis auch für die Natur des Int. quor. bon. Da nämlich die her. pet. in Bezug auf das interimistische Haben der res commodatae etc. nicht durch die Gegenbehauptungen von materiellen Rechten an diesen Sachen ausgeschlossen werden kann, so kann auch das Interdict des b. possessor, dem an allen res hereditariae, auch den Eigenthumssachen des Erblassers, nur ein interimistisches Haben verliehen wird, nicht durch Gegenbehauptungen eines materiellen definitiven Rechtes an der Erbschaft afficirt werden. Wenn man darauf einginge, so würde damit das Recht des b. possessor bei dergleichen Fragen die Beklagtenrolle zu haben, unbefugterweise elidirt sein [13]).

---

13) Kurz gesagt: weil die b. p. zur sine re werden kann, so darf das Int. quor. bon. nicht eandem quaestionem mit der her. pet. ent-

Digitized by Google

Indem also alle definitiven Fragen über das Erbrecht aus dem Interdictenproceß zu verbannen waren, so konnte die juristische Auffassung dieses Rechtsmittels nur die Erlangung des Besitzes, der possessio enthalten, von der es oben (§. 35.) dargestellt ist, daß sie das formelle, interimistische Recht an Sachen bedeutet, welchem alle Fragen über eine materielle, der ganzen übrigen Welt gegenüber durchzusetzende Befugniß an denselben (jus in rem) durchaus fremd sind. Und dies ist das Dritte, was wir aus den Stellen des Titels quor. bon. erfahren; „et est adipiscendae possessionis," sagt Ulpian; und wenn er hinzusetzt: universorum bonorum, so kann er natürlich nur alle die bona meinen, an denen possessio Statt findet, also die corpora hereditaria [14]).

Damit ist denn zugleich der nothwendige innere Zusammenhang angegeben, in dem alle diese einzelnen Bestimmungen des Interdictes zu einander stehen. Da es in Folge der Natur der b. p. nur auf possessio gestellt werden konnte, da die possessio in ihrer wahren Bedeutung sich nur auf corpora bezieht [15]), so ist es durchaus nichts Willkührliches, daß es nur auf diese Letzteren gerichtet ist. Und daher kommt es eben, daß auch jene debitores hereditarii im engeren Sinn (s. §. 49. Note 15) völlig aus dem Interdict gewiesen, und in das Gebiet der fictitiae actiones gestellt werden mußten, während sie an und für sich nach dem Begriffe der Universalklage sobald diese nur eine definitive ist, auch ebensogut zu ihr gerechnet werden können (s. Note 3), und eben deßhalb auch ganz consequent in der her. pet. mit enthalten sind.

---

halten haben. Dies Argument, welches bereits von Francke N. E. R. S. 98. der Savignyschen Ansicht gegenüber, angedeutet ist, scheint mir trotz aller Fabriciusschen Invectiven (b. p. S. 200 Note 209) völlig unumstößlich.

14) Es ist in Note 16 des vor. §. bereits angedeutet, daß dies auch lediglich der Sinn der Edictsworte ist: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis — — possides — id illi restituas. Das Interdict soll nur auf den Theil der bona gehen, welcher Gegenstand der possessio sein kann.

15) Fr. 3. pr. de acq. vel am. poss.

Digitized by Google

Indem wir hiernach die allgemeinen Sätze des Int. quor. bon. aus dem Begriffe der b. p. construirt, und mit völliger Uebereinstimmung der Quellenaussprüche als unabhängig von der her. pet. dargestellt haben, so liegt darin, daß einestheils dies Rechtsmittel, schon seitdem es überhaupt eine b. p. gab, als bestehend angenommen werden muß. Denn ebensogut wie wir uns ohne fictitiae actiones keine b. p. denken können, so muß auch daneben noch das Interdict vorhanden gewesen sein, wenn der fictus heres alle aus dem Erbrecht fließenden Befugnisse sollte geltend machen können.

Anderntheils aber gewährt dies wieder einen neuen Vermuthungsgrund, daß auch die übrigen Nebenbestimmungen des Interdictes, nämlich die Rescission der pro herede usucapio, und die Ausdehnung auf den qui dolo desiit possidere [16]) ganz unabhängig von der her. pet., insbesondere dem Hadrianschen Sct., vom Prätor aufgestellt sind. Von dem ersteren Punkte ist dies oben bereits (§. 21) selbständig untersucht worden; und auch der letztere scheint mir mehr als wahrscheinlich. Daß nämlich bei Klagen auf ein Restituiren oder Exhibiren dieses Aufgeben des Besitzes dem wahren Besitze gleichstehe, war schon lange vor dem Hadrianschen Sct. angenommen worden [17]), und so mag dieser Satz auch schon bei der her. pet. gegolten haben [18]). Durch das Sct. wurde nur ein erweitertes Princip aufgestellt, das aber nur auf petitori-

16) . . . quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides, possideresve (pro herede aut possessore), si nil usucaptum esset, quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. fr. 1. pr. quor. bon. —

17) Z. B. fr. 15. ad exhib. — ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait, quia neque possideas eum, neque dolo feceris, quominus possideres. — Fr. 2. §. 42. ne quid in loco publ. fr. un. §. 13. ne quid in flum. publ. fr. 8. §. 3. de precar. fr. 1. §. 7. quod legator. fr. 3 §. 6. de tabul. exhib.

18) Fr. 20. §. 6. de her. pet. — Praeter haec multa reperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito . . . de quibus quum forma sit data senatusconsulto . . .

Digitized by Google

sche Rechtsmittel paßte. Sobald wir also darthun, daß zu diesen das Interdict nicht gehörte, so folgt daraus, daß bei ihm dies Princip ebensowenig wie z. B. bei der **actio ad exhibendum** anwendbar war.

b) Charakteristik der gesammten Interdicte.

§. 51. Bisher ist die Natur des **Int. quor. bon.** aus den allgemeinen Principen der **b. p.** abgeleitet worden, aber wir dürfen dabei nicht stehen bleiben. Wir müssen noch von einer anderen Seite her eine Basis für unser Rechtsmittel aufführen, und prüfen, ob wir auf diesem Wege zu denselben Resultaten gelangen, als die bisherige Untersuchung ergeben hat. Ebensogut nämlich wie es Theil der **b. p.**, und von dieser abhängig ist, gehört es auch von anderer Seite in die weitgreifende Interdictenlehre, und so müssen wir denn, falls unsere Ansicht überhaupt richtig sein soll, mit den Principien dieser letzteren ebendahin gelangen, worauf uns die Principien des Prätorischen Erbrechts geführt haben. Vergessen wir also einstweilen das bisher Gesagte, und bahnen wir uns einen selbständigen Weg durch das Gebiet der **Interdicta**. Offenbar muß, wenn es uns gelingt, ohne Willkührlichkeit und Unwahrscheinlichkeiten von zwei ganz verschiedenen Seiten zu demselben Ziele zu gelangen, dies eine Bürgschaft für das Gelungensein der Untersuchung gewähren.

Man hat erst in neuerer Zeit angefangen, zu prüfen, ob sich nicht für die Menge der Rechtsmittel, die wir im Römischen Rechte unter dem Namen der **Interdicta** finden, gemeinsame Principien auffinden lassen, wodurch sie sich in der Form und im Wesen der damit durchgesetzten Rechte von anderen Rechtsmitteln, namentlich den **actiones** unterschieden. Die ältere Theorie, welche sich ohne viel Bedenken von dem Einen auf den Anderen forterbte, ist die, daß Interdicte summarische Rechtsmittel seien, also solche Sachen beträfen, welche eines schleunigeren Proceßgangs bedurften. Und in der That konnte der Zustand der Justinianeischen Compilation kaum auf etwas Anderes führen. Seitdem aber in Gaius eine neue, reichliche Ausbeute darbietende Quelle eröffnet wurde, mußten

Digitized by Google

gar mancherlei Bedenken gegen jene Theorie sich erheben, und seitdem ist nun mit bedeutendem Aufwande von Scharfsinn auf der einen Seite die Rettung der älteren Ansicht freilich in sehr verschiedener Weise versucht, und auf der anderen Seite eine neue Theorie dem gegenübergestellt worden. Letztere läßt sich, wenn gleich auch hier die Schriftsteller vielfach von einander abweichen, auf folgende Punkte zurückführen [1]):

Der Interdictenproceß des **ordo judic. priv.** sei keineswegs allgemein ein summarisches Verfahren zu nennen, indem weder eine bloße Bescheinigung des durchzusetzenden Rechtes hier genügend gewesen, noch auch das Ganze vom Principe des raschen Abthuns der Sache beherrscht worden sei. Sondern er könne nur als ein strengeres Verfahren aufgefaßt werden, da aus dem dabei vorkommenden Befehle des Prätors [2]) höchst nachtheilige Folgen und eine Abschreckung vor dem Proceß hätten entstehen können, während davon abgesehen durchaus der regelmäßige Proceßgang eingetreten sei. Es habe nun diese Art des Verfahrens in allen den Fällen Statt gefunden, wo der Prätor zuerst, gleichsam versuchsweise, als Klagenbildend aufgetreten sei. Also bei Fragen, die bisher noch nicht unter Regeln des Civilrechts gestanden hatten, mithin nur factische Verhältnisse gewesen waren [3]). So mußte schon zur Zeit der **legis actiones** für die dringendsten Fälle der Unbilligkeiten der Prätor durch Interdicte Sorge getragen haben. Später aber habe der Prätor kräftiger eingegriffen, und auch wahre actiones gegeben, deren Kreis also jetzt erst über das Gebiet des Civilrechts erweitert worden sei. Wo sich nun in Beziehung auf dasselbe Verhältniß ein Inter-

---

1) Es wird hier auf dasjenige, was sich im Verlaufe des Streites ausgeglichen hat, nicht weiter Rücksicht genommen. Außer den §. 48. Note 1 citirten Schriftstellern ist noch zu bemerken, Zimmern R. G. III. 219 u. ff, die treffliche Erörterung in Hollwegs Handb. d. Civ Proc. I. S. 383 ff. und Puchta Inst. II. S. 138.

2) Etwa wie bei unseren bedingten Mandatsproceß.

3) Diesen Gedanken entlehnen die folgenden Schriftsteller von Zimmern. a. a. O. S. 525. — s. Huschke in den Studien I. S. 3. Note 4*. und S. 339.

Digitized by Google

dict und eine actio fänden, sei jenes als das frühere anzusehen, während diese erst gegeben sein könne, als das fragliche Verhältniß schon festeren Bestand gewonnen hatte, und als ein Recht angesehen wurde. Daraus ergiebt sich denn freilich die Folgerung von selbst, daß in solchen Fällen Interdict und actio durchaus eandem quaestionem enthalten habe, und ein Fortbestehen des Interdictes neben der actio nur eben aus jenem strengeren Interdictenverfahren abgeleitet werden könne.

Direct durch Quellenzeugnisse läßt sich diese Ansicht, welche in ihrer einfachen Construction ungemein viel Ansprechendes hat, weder beweisen noch widerlegen. Sie ist, wie Huschke es nennt, eine jener „Lebensideen," deren Halt davon abhängt, ob das gesammte uns überlieferte Material der Quellen daraus völlig erklärt und zu einem organischen Ganzen zusammengeordnet werden könne. — Ich habe nun dieser Theorie eine neue entgegenzusetzen, nicht eben um bloß etwas Neues zu sagen, (sie ist es nicht einmal in allen Punkten) sondern in der Ueberzeugung, daß durch jene unsere Quellenaussprüche noch nicht genügend erklärt worden sind. In ihren Ursprüngen liegen beide so nahe bei einander, daß man sie fast für identisch halten könnte [4]), in ihren Resultaten sind sie sich gerade entgegengesetzt.

§. 52. Die Mehrzahl der im Gebiete des Rechts liegenden Verhältnisse ist der Art, daß nur die einmalige Leistung oder Anerkennung von Seiten des Verpflichteten gefordert wird, worauf dann dessen ganze Verpflichtung dem Berechtigten gegenüber erlischt. Wenn über dergleichen Verhältnisse Streit entsteht, so ist denn auch mit dem einmaligen Spruche des Richters die ganze Angelegenheit beendigt, nach dessen Execution die Sache, als res judicata, nie wieder Gegenstand eines richterlichen Urtheils werden kann.

Dieser Klasse der Rechtsverhältnisse steht eine andere gegenüber, welche dauernde Zustände enthält, bei denen es also nicht mit einem einmaligen Richterspruche geschehen ist,

4) Deßhalb tritt hier der sonderbare Fall ein, daß ich mit gleichem Fug und Recht, wie die Gegner, mich auf Zimmern a. a. O. berufen kann.

Digitized b

sondern wo dem, welcher die Jurisdiction hat, es obliegt, eine fortgesetzte Oberaufsicht zu führen, daß ein gewisser factischer Zustand nicht durch unbefugte Eingriffe gestört werde. Damit ist also nicht gesagt, daß diese Verhältnisse nicht Gegenstand von Rechtsregeln, also wahre Rechtsverhältnisse sein könnten, im Gegentheil, auch sie müssen vom positiven Rechte umfaßt werden, aber es geht eben aus ihrer Natur hervor, daß ihr Schutz von Seiten der Obrigkeit eine gewisse dauernde Oberaufsicht erfordere. Der Richterspruch, der auch bei ihnen vorkommen muß, hängt von der ferneren Aufrechthaltung durch den Rechtsprechenden ab, er hat also in sich selbst noch keine Gewähr der juristischen Dauer (**res judicata**).

Diese Unterscheidung der Rechtsverhältnisse ist keine historische, sondern eine rein dogmatische. Da sie in dem positiven Rechte aller Völker vorkommen kann, so ist es auch möglich, daß sie sich bereits in dem engen Kreise des alten Römischen Civilrechts finde. Und ferner muß es auch möglich sein, daß sie in dem großen Gebiete der Rechtsverhältnisse vorliege, welche durch das Prätorische Edict zu Theilen des in Rom geltenden Rechtes wurden. Fragen wir aber, ob bei der Römischen Gerichtsverfassung diese Unterscheidung den Römern als eine Sache von Wichtigkeit auffallen konnte, so ist dies offenbar nach dem Principe des **ordo judiciorum privatorum** zu bejahen. Der judex nämlich hat kein **imperium**, er ist eine Privatperson, welche nur auszusprechen vermag, was **res judicata** werden kann, also nur die Rechte können von ihm entschieden werden, die in der Abgabe einer Endsentenz ihre völlige definitive Erledigung finden [1]). Wo dagegen Rechte jener zweiten Gattung zur Sprache kommen,

1) Die Römer nehmen an, mit der **Litiscontestatio** trete (entweder **ipso jure** oder mittelst einer **exc. rei in judicium deductae**) eine neue Obligation an die Stelle der alten Forderung, nämlich **condemnari oportere debitorem**. Gai. III. 180. Es giebt aber Rechte, wo der Kläger noch etwas ganz Anderes als bloße Condemnation des Bekl. (oder etwa präjudicielle Feststellung eines Rechtsverhältnisses Gai. IV. 44) verlangt, woraus denn aber auch folgt, daß ihm hier nicht mit dem Spruche eines judex genügt sei.

Digitized by Google

kann nur das imperium des Prätors helfen, und so muß denn dieser auch selbst die Führung des Processes übernehmen. Hieraus folgt, daß jene dogmatische Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in Folge der Eigenthümlichkeit des ordo judiciorum bei den Römern sehr viel mehr, als dies bei uns heutzutage der Fall ist, auch in der äußern Form der Processe zur Erscheinung kommen mußte, und darauf beruht jene bekannte Eintheilung in actiones und extraordinariae cognitiones [2]).

Richten wir nun unsern Blick auf die Gesammtmasse der Interdicte, so muß uns zuerst auffallen, daß sie im Prätorischen Edicte (wovon das 43. Buch der Pandekten das Abbild ist) alle bei einander stehen, woraus doch leicht die Folgerung entnommen werden kann, daß bei ihnen eine materielle Gemeinsamkeit der damit durchgesetzten Rechtssachen zum Grunde liegen müsse, während wenn sie bloß historisch die früheren Rechtsmittel wären, sie doch wohl bei den an anderen Orten abgehandelten Lehren, in die sie etwa einschlagen, eingefügt sein würden [3]). Wenn wir nun aufs Einzelne gehen, so finden wir, daß in der That sie sich unter gemeinsamen Rubriken zusammenfassen lassen. Und deren sind hauptsächlich drei. Entweder nämlich betreffen sie Gegenstände des polizeilichen Schutzes, oder Familienverhältnisse, oder endlich Be-

2) So sind Gegenstand der extraordinariae cognitiones die Familienverhältnisse, bei welchen, wenn es sich auch um wahre Rechte handelt, doch die condemnatio eines judex ganz unpassend sein würde, denn hier soll auf das dauernde Zusammenleben der Familienglieder Rücksicht genommen, und danach die Entscheidung getroffen werden, — das kann aber nur vom magistratischen imperium ausgehen. fr. 9. §. 3. de offic. proconsulis. — Außerdem gehören freilich in die extr. cogn. auch die Angelegenheiten, welche die Römer als außer dem wahren Rechtsgebiete liegend, ansahen (Restitutionen, Angelegenheiten der Sklaven). Von diesen spreche ich hier nicht.

3) Daß auch die einzelnen Interdicte unter sich nach Materien und nicht der Zeit nach geordnet sind, hat schon Puchta in den Institutionen bemerkt. Die Materienfolge selbst aber, und in der einzelnen Materie die Anordnung der verschiedenen Interdicte mag wohl der Zeit zuzuschreiben sein.

Digitized by Google

ſitzeszuſtände. Von erſteren verſteht es ſich von ſelbſt, daß ſie nur von dem **imperium** des Prätors abhängen können, und daß daſſelbe auch bei den Familienangelegenheiten eintrete, iſt eben (Note 2) bemerkt worden. Aber auch für die Fragen über das Haben einer Sache (Beſitz im weiteren Sinn) wird wohl Niemand andere Geſichtspunkte geltend machen wollen. Es handelt ſich ja hierbei um den dauernden Zuſtand, daß ſich eine Sache in Jemandes Hand befinde. Wer kann, damit dies factiſche Haben [4]) in Zukunft geſichert ſei, darüber anders entſcheiden, als der Prätor in Folge ſeines **imperium**?

Danach gehören alle dieſe Verhältniſſe unter jene zweite Klaſſe von Rechten, welche den mit **actiones** geſchützten gegenüberſtehen, und jedenfalls läßt ſich auch für diejenigen **Interdicta**, welche man unter jene drei Rubriken nicht wohl rechnen kann, ihre beſondere Abhängigkeit vom Prätoriſchen **imperium** leicht rechtfertigen. Liegt nun wohl eine Vermuthung näher, als daß die **Interdicta** in der That urſprünglich Nichts als **extraordinariae cognitiones** geweſen ſeien, und eben aus dieſer früheren Geſtalt jener eigenthümliche ſpätere Interdictenproceß zu erklären ſei? —

Ehr wir indeß weiter auf den Beweis dieſes Satzes eingehen, muß das bisher Geſagte noch mit jener oben angegebenen Theorie über die Interdicte zuſammengehalten werden. Auch hiernach wären ſie zur Schützung factiſcher Zuſtände eingeführt, aber in einem anderen Sinne des Wortes; nämlich der Verhältniſſe, welche bisher noch keinen Rechtsregeln unterworfen, und eben deßhalb factiſche waren. Dagegen läßt ſich, und dies iſt bereits geſchehen [5]), zweierlei einwenden.

---

4) Fr. 19. ex quib. caus. maj. — placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non consistit, possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

5) Hollweg, Civ. Pr. I. S. 385. — Dieſer Schriftſteller nimmt, obgleich er bemerkt, daß ein allgemeines Princip für alle Interdicte ſchwer aufzuſtellen ſei, doch im Grunde das im Texte Ausgeführte an, indem er es zu den Befugniſſen des Prätors rechnet, Befehle und Verbote zum Schutz des Beſitzſtandes, oder gegen Störungen der öffentlichen Ordnung zu erlaſſen. S. 387.

Digitized by Google

Einestheils würde sich nämlich dann zwischen den Interdicten und **in factum actiones** gar keine Scheidewand ziehen lassen, indem ja auch durch diese Letzteren Rechtsmittel für bisher factische Zustände eingeführt wurden. Weßhalb soll der Prätor nicht gleich darauf haben kommen können, daß er zur Ertheilung solcher **actiones** befugt sei? Und sollte ihm dies nicht näher gelegen haben, als die Einführung eigener Rechtsmittel, bei denen noch eine eigene Proceßart zu ersinnen war? Endlich aber, da doch jedenfalls der Prätor später solche **in factum actiones** gegeben hat, weßhalb sind denn nicht, wenn gar kein materieller Unterschied bestanden hätte, jene älteren Interdicte in diesen neuen Klagen aufgegangen? Oder wenn man dagegen einwenden will, daß man die Interdicte um der strengeren Proceßform beibehalten habe; so läßt sich dagegen fragen, warum man denn nicht um dieses Vortheils willen überhaupt immer **Interdicta** statt der **in factum actiones**, oder wenigstens beide electiv gegeben habe? Weßhalb hätte man nicht z. B. bei der **formula in fact. conc.** aus dem Depositum auch ein Interdict gegeben, gerade da doch wahrscheinlich hier überhaupt die Aufstellung jener **formula** aus der Beabsichtigung einer größeren Strenge hervorgegangen ist [6]). —

Das Alles führt uns darauf, daß auch bei sämmtlichen vom Prätor erst neu eingeführten Rechtsinstituten eine innerliche Verschiedenheit bestanden haben müsse, jenachdem sie durch **in factum actiones** oder **Interdicta** geschützt wurden. Und wenn dies zugegeben wird, so mögte hier wohl kein anderer durchzuführen sein, als der oben angegebene. Alsdann aber muß auch jene Voraussetzung, die ja eben nur Vermuthung ist, daß die **Interdicta** immer älter seien, als die **in f. actiones**, zusammenfallen.

Es ist passend, dies an folgendem Beispiele klar zu machen. Zum Schutz der vom Prätor erkannten **missio in bona** hat er eine **in factum actio** constituirt [7]), und es ist

6) Gai. IV. 60. Puchta Instit. II. S. 119.

7) Fr. 1. pr. §. 1. 2. ne vis fiat ei, qui in poss. — Ait Praetor:

Digitized by Google

keine Spur vorhanden, daß dieſe nicht ſchon ſo lange beſtanden habe, als derſelbe überhaupt missiones ertheilte. Daneben aber beſteht nun noch in elective Concurrenz ein Interdictum, welches die Römiſchen Juriſten genau von jener actio auseinander halten [8]). Man kann nun den Unterſchied beider Rechtsmittel auch hier nicht ſo ſtellen wollen, daß das Interdict das ſtrengere Verfahren gewähre, indem hiebei beſondere Strafen dem Beklagten gedroht würden. Denn dieſe Strafen ſind entſchieden bei der actio dieſelben [9]). Es müſſen alſo wohl beide Rechtsmittel ganz verſchiedene Intentionen gehabt haben, und dazu gewährt uns das fr. 3. §. 2. cit. den Schlüſſel. Wer mit der actio auftritt, thut das in der Art eines Gläubigers (ad exemplum creditorum), alſo er fordert eben nur Condemnation in eine gewiſſe Straffumme; daß wirklich die missio noch realiſirt werde, davon hat er abſtrahirt, er iſt mit dem Gelde zufrieden. Gerade weil hier nur eine einfache Condemnation in Anſpruch genommen wird, liegt eine wahre actio vor. — Aber wer in der possessio bonorum geſtört oder gehindert iſt, kann auch direkten Schutz in

---

si quis dolo malo fecerit, quominus quis permissu meo — in possessione bonorum sit, in eum in factum judicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo. — Hoc edictum summa providentia Praetor proposuit, frustra enim in possessionem mitteret rei servandae causa, nisi missus tueretur, et prohibentes venire in possessionem coërceret. Est autem generale hoc edictum; pertinet enim ad omnes qui in possessionem missi sunt, convenit enim Praetori, omnes quos ipse in possessionem misit, tueri. — Ulpian leitet es alſo gleichſam aus dem Begriffe der missio ab, daß dieſe in f. actio beſtehen müſſe.

8) Fr. 3. §. 2. eod. — Quum Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Sed si mulier velit in factum actione uti, ad exemplum creditorum magis quam interdicto posse eam experiri sciendum est.

9) Fr. 1. §. 8. eod. — Hanc actionem — in annum competere — quum sit poenalis — §. 5. eod. Haec verba: quanti eas res etc — continent utilitatem creditoris, ut quantum ejus interest possessionem habere, in tantum, qui prohibuit, condemnetur.

Digitized by Google

dem Haben der Sache verlangen, alsdann tritt er nicht als **creditor** auf, er fordert das **prohibere** und **restituere**, wobei ihm eine Entscheidung des **judex** nichts helfen würde, wo vielmehr das Prätorische **imperium** eingreifen muß. Darauf eben geht jenes zweite Rechtsmittel, das **Interdictum**. Was hieraus für weitere Folgerungen für den Interdictenproceß hervorgehen, wird alsbald weiter entwickelt werden.

Jener Ansicht, daß die Interdicte die ursprüngliche Form aller vom Prätor neu eingeführten Klagen gewesen seien, steht aber noch ein zweites entgegen (s. Note 5). Es giebt nämlich Interdicte, welche sich entschieden auf das Civilrecht stützen, wo also der Prätor gar nicht bloß factische durch Rechtsregeln ungeschützte Verhältnisse vor sich gehabt hat. Die **Interdicta de arboribus caedendis** und **de glande legenda** stützen sich ausdrücklich auf die zwölf Tafeln [10]), und mit Recht bemerkt Zimmern, daß das uralte Verhältniß der Possessoren zum **ager publicus** nie ein schutzloses gewesen sein könne, so daß der Prätor es nicht erst durch Aufstellung der Interdicte zu einem Rechtsverhältniß erhoben hätte. Ganz dasselbe läßt sich aber von der ganzen Reihe von Interdicten sagen, wodurch der Prätor alle Störungen an öffentlichen und heiligen Orten verbietet [11]). Auch im ältesten Recht muß schon der Satz bestanden haben, daß dieselben unter allgemeinem Schutze des Gesetzes ständen, dessen Aufrechterhaltung dem Prätor überlassen ist. Wenn er nun hiebei noch besonders formulirte Rechtsmittel proponirt, so hat er dadurch ebensowenig dem Ganzen erst den Charakter eines Rechtsverhältnisses gegeben, als wie man durch breitere Nachsprechung eines fremden Gedankens zum **auctor** desselben wird. — Wenn wir also Alles dies schon Theil des Civilrechtes nennen müssen, dem nur eine Präto-

---

10) Fr. 1. §. 8. de arbor. caed. — Zimmern a. a. O. hebt bereits diese Fälle hervor.

11) D. XLIII. tit. 6—15. — ne quid in loco sacro, — de locis et itinerib. publ. — ne quid in loco publico vel itinere. — de loco publ. fruendo. — de via publ. — de via publ. et itinere publico reficiendo. — de fluminibus. — ne quid in flumine publ. — ut in flumine publ. navigare liceat. — de ripa munienda.

Digitized by Google

rische Form gegeben wurde, so liegt darin zugleich wieder eine Bestätigung unserer obigen Behauptungen. Das Civilrecht konnte in allen erwähnten Fällen keine **actiones** aufstellen, weil es hier gar nicht direkt auf eine gewöhnliche Condemnation, sondern hauptsächlich auf dauernden Schutz ankommt, den nur das Prätorische **imperium** gewähren kann. Der Eigenthümer eines Grundstücks will nicht ein um den anderen Tag mit seinem Nachbar einen Proceß um Wegnahme der heruntergefallenen Früchte führen, und nicht in jedem Augenblicke wegen eines überwachsenden Zweiges eine **actio** anstellen, er will für alle Zukunft bei Ausübung seiner Befugnisse unbeschränkt sein, ebenso wie auch der Besitz am **ager publicus** und der ordnungsmäßige Zustand der öffentlichen und heiligen Orte auf die Länge ungestört sein soll. Hier muß sich also nothwendig die civilrechtliche Vorschrift in die Form der Prätorischen Cognition kleiden.

§. 53. Die ausgesprochene Behauptung, daß der gemeinsame Charakter der Interdicte in ihrer Abhängigkeit von der **auctoritas** des Prätors liege, sie also an und für sich dem Gebiete der **extraordinariae cognitiones** anheimfallen, — bedarf noch der weiteren Beweisführung. Denn wenn dieser Punkt wahr sein soll, so muß er jedenfalls auch den Römern völlig bewußt gewesen sein, und dann müssen in unseren Quellen noch Spuren davon zu finden sein. Deren giebt es aber auch eine ganze Reihe.

Zuerst ist hier als vorzüglich wichtig die Stelle des Gaius zu bemerken, womit er die ganze Interdictenlehre beginnt und offenbar das ganze Wesen derselben charakterisiren will (IV. 138. 139.)

> **Superest ut de interdictis discipiamus. Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversis interponit**[1]**, quod tum maxime facit, quum de**

1) Ueber diese Stelle vergl. Zeitschr. f. gesch. R. W. III. S. 291. S. 305 u. S. 366 ff. — Es ist behauptet worden, daß hierin eine Hindeu-

Digitized by Google

possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet; formulae autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur Interdicta Decretave vocantur.

Also das Eigenthümliche dieser Processe ist, daß sie principaliter von der auctoritas des Prätors abhängen, welche hier interponirt werden muß; und dies zeigt sich auch noch in dem Namen **decreta**. Wenn sich gleich dieser Ausdruck im engeren Sinne auf die Fälle concentrirt hat, (wie Gaius gleich darauf §. 140 hinzufügt), **cum fieri aliquid jubet** [2]), so haben doch auch die übrigen Fälle (**Interdicta** im engeren Sinne, **cum fieri prohibet**) mit jenen eben das gemein, daß der Prätor **auctoritatem suam interponit**. Und das liegt gerade in dem Worte **decretum**, indem es im Allgemeinen jede **causa cognita** vom Prätor vorgenommene Entscheidung bedeutet, also mit anderen Worten das ganze Gebiet der **extraordinariae cognitiones** [3]). — Deßhalb mögen alle diese Rechtsmittel, ebensogut wie sie im weiteren Sinne **Interdicta** heißen, so auch im weiteren Sinne sämmtlich **Decreta** genannt worden sein. —

---

tung auf das raschere Verfahren bei Interdicten liege. Mühlenbruch a. a. O. S. 205. Aber wenn der Prätor controversiae zu Ende bringt, ist denn damit gesagt, daß er sie rasch zu Ende bringe? Gaius hätte doch das, wenn er gewollt hätte, so leicht andeuten können! — Der Ton liegt vielmehr auf controversiis. Gaius wählt wohl absichtlich diesen Ausdruck zum Gegensatze von lites d. h. technisch den Processen, die auf actiones beruhen. — Vergl. über den Ausdruck: auctoritatem interponere §. 1. J. de fideicom. her.

2) Vocantur autem decreta, cum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero cum prohibet fieri, etc.

3) Puchta Inst. I. S. 318 Text zu Note p., der aber behauptet, daß anfangs in Civilrechtssachen dies außerordentliche Verfahren nur in sehr wenigen Fällen zulässig gewesen sei, was denn freilich nach unserer Ansicht sich anders gestalten würde. — Uebrigens kommt der Ausdruck decretum, als jede Endentscheidung des Prätors, sehr häufig vor. s. z. B. Cic. Verr. II. 1. §. 93. 119. 120. 125. 137. etc.

Digitized by Google

Mit dieſer Stelle des Gaius ſtimmen nun auch die gelegentlichen Aeußerungen der Juriſten in den Pandekten überein, aus denen gerade, weil ſie gelegentlich geſchehen, deutlich hervorgeht, daß damit Nichts geſagt ſein ſoll, was ſich eben bloß auf das Interdict bezöge, von dem ſie gerade ſprechen, ſondern was aus der allgemeinen Natur der Interdicte folgt, Aeußerungen, wie wir bei den **actiones in factum** nicht ähnliche finden.

Fr. 1. §. 2. de itinere act.q. priv. — Sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea conditione est, ut ad tuitionem Praetoris pertineat.

Fr. 1. §. 2. de cloacis. — Curavit autem Praetor per haec interdicta, ut cloacae et purgentur et reficiantur. Quorum utrumque et ad salubritatem civitatum et ad tutelam pertinet.

Fr. 7. ne quid in loco publ. — qui adversus edictum Praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit.

Fr. 3. §. 9. de tab. exh. — Exhibere autem apud Praetorem oportet, ut ex auctoritate ejus signatores admoniti veniant ad recognoscenda signa; et si forte non obtemperent testes, Labeo scribit coerceri eos a Praetore debere [4]).

Beſonders klar leuchtet das Geſagte, aus dem Inſtitute der **operis novi nunciatio** hervor. Dadurch ſoll ein interimiſtiſcher Zuſtand geſchützt werden, bis durch regelmäßigen Proceß das Recht feſtgeſtellt worden iſt, ob das **opus novum** gemacht werden dürfe oder nicht. Bei dieſem Proceß, der einen durchaus präjudiciellen Charakter hat, liegen alle Erforderniſſe einer wahren **actio** vor, indem das Recht oder Unrecht des den Bau Unternehmenden hier durch einfachen Spruch des **judex** entſchieden werden kann. Hier iſt alſo nicht der geringſte Grund,

4) So heißt es ferner in Beziehung auf die zum Schutz der Servituten eingeführten Interdicte: **Traditio et patientia servitutum inducit officium Praetoris.** Fr. 1. §. 2. de serv. pr. rust.

Digitized by Google

daß der Prätor es in seine Untersuchung und Entscheidung hineinziehe [5]). Dagegen ist außerdem ein factischer Schutz nöthig, sowohl für den Nuncianten, daß der Andere nicht baue, ehe er nicht in jenem Proceß gesiegt oder vorläufig Caution geleistet hat, — als auch für die Bauenden, so bald er genügend Caution gewährt. Dieser Schutz der factischen Verhältnisse zwischen den Nachbaren kann nur vom Prätor ausgehen, wie dies ausdrücklich von Ulpian anerkannt wird.

> **Fr. 1. §. 9. de op. n. nunc. — Et post operis novi nunciationem committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni.**

Und was ist nun das Resultat dieses nur vom Prätor zu gewährenden Schutzes, dem die Parteien sich anzuvertrauen haben? — Zwei Interdicte, ein **restitutorium** und ein **prohibitorium** [6]). — Kann es deutlicher gesagt sein, daß das unterscheidende Wesen der Interdicte eben ihre directe Abhängigkeit vom Prätorischen **imperium** ist?

Hierzu kommen noch folgende Punkte. Schon jenes eben citirte Fragment über das **Interd. de tabulis exhibendis** giebt uns an die Hand, weßhalb überhaupt die Exhibition eines Testamentes Gegenstand eines Interdictes war. Es soll vor dem Prätor exhibirt werden. Seine **auctoritas** ist nöthig, damit die Zeugen gezwungen werden könnten, zur Recognition der Siegel zu erscheinen, was geschehen muß, damit der wahre Zweck des Exhibirens eines Testaments erreicht werde [7]). Also wir sehen hier, und zwar schon zu Labeos Zeit, daß der Prätor bei dem, was er befiehlt, directen

---

5) In der That stellen die Römer auch diese actio den übrigen bei der o. n. n. vorkommenden Fragen sehr bestimmt gegenüber. Fr. 1. §. 7. de op. nov. nunc.

6) Fr. 20. pr. §. 9. eod.

7) Abgesehen von solchen Gründen ist nicht jede Forderung auf exhibere der Art, daß eigends die auctoritas des Prätors angerufen werde. Im Allgemeinen trat hier denn auch die actio ad exhibendum ein, und nur das Princip, daß der Prätor die Familien- und persönlichen Verhältnisse unter seiner directen Aufsicht behalten wollte, veranlaßte wieder die Abtrennung des Interdictum de libero homine, de liberis, de uxore exhibendis.

Digitized by Google

Zwang anwendet [8]). Nun aber muß es auch bei den anderen Interdicten sein Interesse sein, daß bei den factischen Zuständen, welche er schützen will, nicht bloß der Verletzer einen Schadenserſatz in Geld präſtire, sondern daß wirklich jenes factische Verhältniß zur wahren Ausübung gelange. Daraus erklärt sich, daß er, wo es ihm passend scheint, das Interdictenverfahren auch in eine völlige **extraordinaria cognitio** verwandelt, woraus denn von selbst folgt, daß er nun direct durch die ihm zu Gebote stehenden Zwangsmittel seinem Befehle Geltung verschafft.

Fr. 2. §. 8. test. quemadm. aper. — Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur; si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum remitti, quod est de tabulis exhibendis. (S. fr. 1. §. 1. de tab. exhib. und den folg. §. Note 5.)

Fr. 1. §. 1 u. 2. de migrando. — Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pecunia vult migrare. — Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum.

Fr. 3. pr. §. 1. ne vis fiat ei, qui in poss. — Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, et non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit; et si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. — Constitutum est ab Antonino, ut etiam in bona here-

---

8) Fr. 4 u. 5. test. quemadm. aper. — Quum ab initio aperiendae sint tabulae, Praetoris id officium est, ut cogat signatores convenire, et sigilla sua recognoscere; — vel negare, se signasse; publice enim expedit, suprema hominum judicia exitum habere.

Digitized by Google

dis quis admittatur certis modis . . . . .; ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione.

Fr. 5. §. 27. ut in possess. legator. — Missus in possessionem, si non admittatur, habet interdictum propositum, aut per viatorem, aut per officialem praefecti, aut per magistratus introducendus est in possessionem.

Fr. 1. §. 1. de inspic. ventre. — Post editum planc partum a muliere jam potest maritus jure suo filium per interdictum desiderare, aut exhiberi sibi aut ducere permitti extra ordinem.

Hieher scheint mir auch folgende Stelle zu gehören. In fr. 1. de officio praefecti urbi erörtert Ulpian eine Reihe von Fällen, in denen von diesem Beamten extraordinariae cognitiones vorgenommen werden. Darunter kommt im §. 6. auch vor:

Sed et ex interdicto quod vi aut clam, aut interdicto unde vi audire potest.

Das kann doch nichts Anderes heißen, als daß auch hier ebenso wie in jenen Interdicten eine extraordinaria cognitio an die Stelle tritt.

Also sehen wir, daß um dem Befehl des Magistrats directe Anerkennung zu verschaffen, wo es passend erscheint [9]) anstatt des Interdictenprocesses extra ordinem procedirt werden kann. Soll man nicht danach annehmen dürfen, daß eine innere Verschiedenheit der Rechtssachen, welche sich zum außerordentlichen und zum Interdictenverfahren eigneten, durchaus nicht vorhanden ist, daß beide zusammen ein und dasselbe Gebiet umfassen? [10]) — Wenn uns dies zugegeben wird, so kann sich die weitere Frage nur so gestalten.

---

9) Und das ist vielleicht gar nicht auf die aus den Quellen hier angeführten Fälle beschränkt gewesen.

10) Danach erklärt es sich von selbst, daß ebensogut wie der Ausdruck decretum (der eigentliche Name für eine Sentenz extra ordinem) sich bei den Interdicten wiederfindet, so auch umgekehrt interdicere für das vorkommt, was entschieden extraordinaria cognitio ist. Fr. 1. §. 13. de off. praef. urbi. — Ebenso der Ausdruck interloqui. fr. 38. de fideic. libert.

Digitized by Google

Sobald wir beide Verfahrensarten dem Begriffe nach als Eins betrachten, d. h. als Processe, welche die Entscheidung eines mit imperium bekleideten Magistrats erfordern, so folgt, daß beide ursprünglich durchaus zusammengefallen sind, und sich erst im Laufe einer kürzeren oder längeren historischen Entwicklung die eine Proceßart von der anderen abgesondert hat. Da nun wohl Niemand daran denken wird, daß die **extraordinariae cognitiones** sich aus dem Interdictenverfahren, welches anfangs allein bestanden hätte, entwickelt haben könnten [11]), so bleibt nur die umgekehrte Auffassung übrig, wonach aus dem Verfahren **extra ordinem** das der **Interdicta** hervorgegangen ist. Danach glaube ich aber auch meine Behauptung bewiesen zu haben, wenn ich diesen Entwicklungsgang als einen höchst natürlichen und gleichsam sich von selbst bildenden, freilich ohne directe Quellenzeugnisse, nachweisen kann; und das soll nun im Folgenden, freilich nur in kurzen Zügen, versucht werden. Ein Mehres gestattet mir der Raum dieses Werkes nicht.

c) Der Interdictenproceß.

§. 54. Das Eigenthümliche des Interdictenprocesses, wie wir ihn aus Gaius kennen, ist, daß zuerst ein Verfahren **in jure** Statt findet, welches — nicht wie bei den **actiones** mit Abfassung einer **formula**, d. h. der Beauftragung des **judex** zu condemniren, — sondern mit der vom Prätor selbst vorgenommenen Verurtheilung endigt; womit dann aber doch der Proceß noch nicht vorbei ist, sondern ein auf jene Prätorische Verurtheilung fußendes **judicium** eintreten kann [1]). Dies

---

11) Ich spare deßhalb die Gründe, welche einer solchen Ansicht entgegengestellt werden könnten.

1) Gai. IV. 141. Nec tamen, quum quid **jusserit** fieri, aut fieri **prohibuerit**, statim peractum est negotium, sed ad judicem recuperatoresve itur, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris **edictum** factum sit, vel an factum non sit quod id **fieri jusserit**. — Ich glaube, es muß statt edictum gelesen werden: interdictum, was aus der Sigle tdictum sehr leicht corrumpirt werden konnte. Gaius setzt näm-

Digitized by Google

judicium ist ein doppeltes; et modo, so fährt Gaius fort, cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur, et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur [2]).

Das Gemeinsame dieser beiden Verfahrungsarten ist jedenfalls, daß der judex sich bei seiner Untersuchung der Sache genau an den Befehl des Prätors anzuschließen hat, von welchem also das judicium so direct abhängt, daß es eben nur darauf ausgeht, ob dagegen gefehlt worden ist, oder nicht [3]). Im Uebrigen sind beide Verfahrensarten wesentlich verschieden, wie das Gaius ausführlich beschreibt, und es ist gewiß eine sehr richtige Vermuthung [4]), daß das Sponsionenverfahren das der Zeit nach ältere ist, woran erst durch eine freiere Entwicklung die arbitraria formula geknüpft wurde. Mir scheint dies schon daraus sich zu ergeben, daß jenes das allgemeine Verfahren ist, das bei allen Interdicten eintreten kann, was also das eigentliche Interdictenverfahren ist, während diese sich nur auf die Fälle bezieht, quibus Praetor aliquid fieri jubet. — Dies stimmt aber vollkommen mit unserer Behauptung zusammen, daß ursprünglich alle Interdicte reine extraordinariae cognitiones waren, denn diesen steht das Sponsionenverfahren offenbar so nahe, daß es sich sehr leicht aus ihnen entwickeln konnte.

---

lich offenbar immer scharf gegenüber das jussit (decretum) und das prohibuit (interdictum im engern Sinn). Dieser Gegensatz soll offenbar auch am Ende jenes Satzes enthalten sein.

2) Vergl. Gai. IV. 161, ff.

3) Gai. IV. 166. — judex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est. — Also hier steht nicht: edicto, was wieder einen Schluß auf die Stelle der Note 1 gewährt. — So wird auch wohl die Sponsion (Gai. IV. 165) gelautet haben: ni contra interdictum praetoris non exhibuerit etc.; was auch mit den Blumeschen Zeichen viel mehr übereinzustimmen scheint.

4) S. Hollweg und Puchta a. a. O.

Digitized by Google

Nehmen wir nämlich an, daß anfangs in allen den Sachen, welche später **interdicta** heißen, der Prätor **extra ordinem** verfuhr, so liegt darin, daß die ganze Verhandlung der Sache von beiden Seiten [5]) so wie deren weitere Untersuchung vor dem Prätor vorgenommen wurde, und also dessen **decretum** die wahre Beendigung des Processes enthielt. Wenn nun gegen dies **decretum** der anbefohlene factische Zustand vom Besiegten verletzt wurde, so gehörte die Untersuchung dieses Contraventionsfalles, und die Verurtheilung in den Schadensersatz an und für sich wieder vor den Prätor. Indeß ist es genugsam aus der Menge der ihm obliegenden Geschäfte zu erklären, daß er, so weit es irgend zulässig war, dergleichen Verhandlungen von sich abzuwenden und auf **judices** zu übertragen, geneigt sein mußte. Wenn also der Contraventionsfall nicht der Art war, daß nur durch seine **potestas** der durch das frühere **decretum** festgestellte Zustand wieder hergestellt werden konnte, sondern wenn es sich nur darum handelte, den Contravenienten wegen etwaiger Störungen in Schadensersatz und Strafe zu nehmen, so eignete sich das ganz zur Cognition eines **judex**, indem dieser lediglich mit Beziehung auf das vorangegangene **decretum** zu untersuchen hatte, ob dagegen gehandelt sei oder nicht, und in Folge dessen eine einfache Condemnation auszusprechen war.

Dieser erste Schritt war indeß nicht der Art, daß man dabei hätte stehen zu bleiben brauchen. Die Geschäftslast des Prätors konnte so bedeutend sein, daß es ihm auch drückend war, jene erste Verhandlung und Untersuchung der Sache, auf die das **decretum** folgte, allein vornehmen zu müssen. Die

5) Daß auch in dem späteren Interdictenproceß immer beide Parteien in jure erscheinen mußten zur Feststellung der gegenseitigen Behauptungen, wird jetzt wohl allgemein zugegeben. Es geht dies einestheils aus Gaius IV. 164 hervor, wonach der Bekl. die formula arbitraria fordern muß, antequam ex jure exeat, anderntheils aus den Bestimmungen über die confessiones in jure, auf die immer zuerst gesehen wird, indem das Interdict überhaupt nur erlassen wird, si neget, se posse vel oportere (adversario satisfacere) fr. 1. §. 1. de tab. exhib. fr. 6. §. 2. de confess. fr. 56. de re judicata.

Digitized by Google

Mehrzahl der Sachen, worüber wir in späterer Zeit Interdicte finden, kann auch schon in sehr früher Zeit vorgekommen sein; und seitdem sie überhaupt vom Prätor anerkannt wurden, mußten sie auch sehr häufig vorkommen, so daß sich von selbst feststehende Regeln bildeten, wonach der Prätor diese Sachen entschied, Regeln, die denn auch sehr natürlich ins Edict aufgenommen wurden [6]). Die Geschäftslast muß in der That eine sehr bedeutende gewesen sein, wie uns dies ja sogar noch aus einer späteren Zeit bezeugt wird [7]). Das mußte zu einer Abhülfe nothwendig hindrängen, und aus dieser Abhülfe ergiebt sich der Sponsionenproceß der Interdicte von selbst.

Ebensogut wie man nach Abgabe des Decrets den Proceß über einzelne Contraventionen abzweigen und an judices übertragen konnte, so ließ sich auch von jenem ersten Verfahren, das durch das Decret entschieden wurde, noch mancherlei absondern, um die Thätigkeit des Prätors zu vermindern. Jedenfalls freilich mußte der Prätorischen Cognition verbleiben die Feststellung der Behauptungen, weil dies ja auch bei den actiones nie einem judex anvertraut wurde und werden durfte. Ferner mußte bei diesen Interdictensachen auch fernerhin das Urtheil noch vom Prätor gesprochen werden, weil ja gerade darauf ihre ganze juristische Natur ausgeht, daß sie von dessen imperium Schutz erhalten sollen. Es blieb also nur das Beweisverfahren übrig, das aber ließ sich nun allerdings auf den judex übertragen.

Dies hätte man so machen können, daß man nach Feststellung der Behauptungen in jure, das Beweisverfahren auf den judex übergeleitet hätte, nach dessen Beendigung die Sache an den Prätor zurückgebracht worden wäre und dieser das decretum gefällt hätte. Aber eine solche weitläuftige und unbe-

---

6) Wir können ohne Schwierigkeit annehmen, daß auch schon vor der lex Aebutia über sehr viele Punkte, namentlich die auf dem Civilrecht ruhenden (§. 52. am Ende) bereits Regeln im Edicte standen, ja daß diese damals den größten Theil des Edicts ausgemacht haben mögen. S. Hugo R. G. S. 421. Z. 4 ff.

7) Cic. pr. Caec. c. 13. — Praetor, qui totos dies aut vim fieri vetat aut restitui factam jubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit.

Digitized by Google

holsene Uebertragung und Rückübertragung konnte keinem Römer in den Sinn kommen.

Offenbar war die Sache viel einfacher abgemacht, wenn man das Beweisverfahren, welches eigentlich dem **decretum** vorausgehen mußte, das aber der Prätor nicht mehr selbst leiten wollte, — mit jenem ersten Contraventionsprocesse vor dem **judex** combinirte, wie diese vielleicht schon lange vom Prätor zur Verringerung seiner Geschäfte angeordnet zu werden pflegten. Darin lag also, daß der Prätor nach der Feststellung der beiderseitigen Behauptungen sein **decretum** sprach, das nun freilich nur ein hypothetisches war, d. h. unter der Voraussetzung, daß die klägerischen Behauptungen richtig und die des Beklagten [8]) unrichtig seien, wurde dem Beklagten befohlen, etwas zu thun oder zu unterlassen. Hiernach wartete man bis zum Contraventionsfalle, also bis der Bekl. in der festgesetzten Zeit das Befohlene nicht gethan, oder bis er zuerst die ihm verbotene Handlung vorgenommen hatte. Jetzt mußte doch jedenfalls ein **judicium** auf Schadensersatz und Bestrafung des Contravenienten eintreten, also schadete es noch gar nichts, daß bisher das Beweisverfahren, mithin die Frage ob überhaupt der Bekl. schuldig sei, **in suspenso** gelassen war. Diese konnte jetzt nachgeholt werden, indem der **judex** nur dann zu condemniren hatte, wenn die Voraussetzung, unter der der Prätor das Decret erlassen, sich richtig erwies. Fanden sich dagegen die Behauptungen des Klägers unbegründet, so war freilich dadurch die Sache verweitläuftigt, indem jetzt der Bekl. absolvirt, der Kläger noch wegen unrichtig angestellten Processes condemnirt wurde, während wenn der Prätor gleich vor seinem Urtheile das Beweisverfahren vorgenommen hätte, weder dies Urtheil noch ein ferneres **judicium** vorge-

8) Früher ist behauptet worden, daß bei der Erlassung des Interdictes nur die im Edict erwähnten Exceptionen berücksichtigt worden wären, worin wieder eine Summarietät der Interdicte liegen sollte. Indeß wird heutzutage wohl nicht mehr bezweifelt, daß nach ganz freier **causae cognitio** des Prätors auch andere Exceptionen, sobald sie nur die in Frage stehende Sache betrafen, zugelassen wurden. S. z. B. Fr. 1. §. 6. ne quid in flum. publ.

Digitized by Google

kommen sein würde. Aber der Prätor hatte jedenfalls seinen Zweck erreicht, und sich dieses Beweisverfahrens entledigt, wodurch denn überhaupt in einer unendlichen Menge von Rechtssachen der größte Theil seiner bisherigen Geschäfte ihm abgebürdet war. —

Diese Entwicklung enthält nun gerade genau jenen Sponsionenproceß der Interdicte, wie Gaius ihn beschreibt, und es wird also wohl zugegeben werden müssen, daß in einer höchst natürlichen Art diese neue Gestaltung aus den bisherigen reinen **extraordinariae cognitiones** abgeleitet werden kann. In den ältesten Zeiten, als nur jene dem Civilrecht bereits angehörigen Fälle in Betracht kamen (§. 52. am Ende), konnte der Prätor sie leicht durch eigene Untersuchung erledigen. Aber mit dem steigenden Römischen Verkehr wurden einestheils schon in diesen Fällen die Streitigkeiten häufiger, anderntheils erheischte dieser complicirtere Verkehr die Aufstellung neuer feinerer Rechtsverhältnisse. Darunter gehörten namentlich alle Besitzeszustände, und doch brachte es wieder die Natur derselben mit sich, daß die beabsichtigte Schützung derselben eben nur vom Prätorischen **imperium** ausgehen könne. Wenn hier keine **in factum actiones** zureichten, wenn nur durch **decreta** des Prätors geholfen werden konnte, so war es doch dafür wieder dringend nöthig, daß in Beziehung auf den Zuwachs seiner Geschäfte wieder eine Verringerung der Thätigkeit, die der Erlassung jener **decreta** vorausging, eintrete. Es konnte dem Prätor nie in den Sinn kommen, die juristische Natur der fraglichen Rechtsverhältnisse gewaltsam umgestalten zu wollen, also die Abhängigkeit von seinem **imperium**, wodurch sie sich gerade charakterisiren, aus der Hand zu geben. — Dasjenige dagegen, was eine Privatperson, ein **judex**, ebensogut vornehmen kann, als der Prätor, mußte nun auch nothwendig diesem abgenommen werden, damit nicht etwa das Wichtigere, d. i. die einsichtsvolle übersichtliche Leitung der gesammten Jurisdiction darüber verloren gehe.

Also es ist nicht Zufall, oder leere Formalität, daß der Prätor sich bei den Interdictensachen die Sprechung des Urtheils, das **decretum** oder **Interdictum**, reservirte, es ist völlig bewußte Einsicht in die Natur dieser Verhältnisse, welche

Digitized by Google

magiſtratiſches imperium allein entſcheiden, wobei ein judex, wie das Gaius ſo klar hervorhebt, nur ſoweit eintreten kann, als er zu beſtimmen hat, ob gegen dieſen Befehl gehandelt worden ſei oder nicht [9]).

Daraus erklärt es ſich gerade, was wir oben anführten, daß wo dem Prätor in dieſem ſubſidiären Hinzutreten des judex noch nicht genug Kraft zu liegen ſcheint, er ſelbſt wieder eingreifen, und die Zügel des ganzen Proceſſes extra ordinem übernehmen kann, um mit ſeiner Gewalt den factiſchen Zuſtand, den er durchgeſetzt wiſſen will, zu erzwingen. Alle Interdicte gehen wahrhaft auf Durchſetzung factiſcher Zuſtände, aber im gewöhnlichen Laufe der Dinge iſt hierfür durch Androhung von Geldſtrafen genügende Sicherheit gewährt, und es würde thöricht ſein, die Mittel über den Zweck hinaus zu verſchwenden [10]). Aber wo etwa Böswilligkeit trotz pecuniärer

9) Eine vollkommene Analogie findet das Geſagte in dem Verfahren bei den in int. restitutiones. Auch dieſe hängen direct vom imperium des magistratus ab, weßhalb denn der Satz ſtets beſtehen blieb, daß er ſie (abgeſehen von der propter cap. dim.) wenn er wollte, durch extraord. cogn. allein zu Ende bringen könne. Aber daneben ſtellte ſich ein anderes Verfahren, wobei man die zwei bei jeder Reſtitution zu trennenden Punkte auch äußerlich ſchied. Die Beurtheilung der causa restitutionis behielt ſich ſtets der Prätor, nach Anhörung der beiderſeitigen Behauptungen, vor, ebenſo wie auch die causa interdicti ſtets ſeiner cognitio überlaſſen blieb. — Nach dieſer Unterſuchung fällte er dann, ebenſo wie bei den Interdicten nur ein hypothetiſches Urtheil (judicium rescindens), um, ſoweit es überhaupt möglich war (d. h. ſoweit ſich hier eine Klage conſtruiren ließ) die zweite bei jeder Reſtitution nöthige Frage, das Beweisverfahren über die Läſion vor einem judex verhandeln zu laſſen (judicium rescissorium) ſ. Burchhardi Lehre von der in int rest. §. 21. — Ich könnte außerdem noch eine vortreffliche Autorität citiren, die mich auf dieſe offenbare Aehnlichkeit mit dem Interdictenverfahren aufmerkſam gemacht hat.

10) Das iſt der Sinn von fr. 1. §. 2. si vent. nomine. Necessario Praetor adjecit, ut qui per dolum venit in possessionem cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad jus ordinarium remiserit. Jus ordinarium iſt Alles, wobei ein judex eintritt. Aber

Digitized by Google

Nachtheile sich dem Willen des Prätors widersetzen wollte, da zeigt sich denn auch, daß er die stärkeren ihm zu Gebot stehenden Mittel nicht ungebraucht läßt.

Hieran knüpft sich von selbst die Frage über die Executionsregeln, welche bei den Interdicten eintreten. — Als die Sachen noch rein **extra ordinem** verhandelt wurden, mag schon in den meisten Fällen für den Contraventionsfall nur das pönale **judicium** eingetreten sein, weil man einestheils meist mit Recht voraussetzen konnte, daß der Beklagte aus Furcht vor dieser **poena** sich die Contravention werde gar nicht zu Schulden kommen lassen; und anderntheils der Gegner mit der ihm zukommenden Strafe vielfach zufrieden sein mogte.

Das veranlaßte es eben, daß man in diesen Contraventionsproceß das Beweisverfahren aus der bisherigen **extr. cogn.** hineinzog, d. h. daß sich überhaupt das eigenthümliche Interdictenverfahren bildete. Der **judex** condemnirte nun, nachdem er gefunden, daß der Bekl. nicht wie er gesollt, gehorcht habe, jedenfalls auf die stipulirte **poena**, und außerdem wenn es sich **de re restituenda vel exhibenda** handelte, auch auf dieses[11]), was dann, wenn der Bekl. wieder nicht gehorchte, in eine Geldcondemnation umgewandelt wurde. Durch das **juramentum in litem** war hiebei der Bekl. noch besonders schlecht gestellt, und deßhalb mögen wohl verhältnißmäßig wenig Fälle vorgekommen sein, wo man nicht den wahren Zweck des Interdicts, Herstellung eines gewissen factischen Zustandes, ereicht hätte. Wo man vermuthen konnte, daß der Bekl. trotz der ihm drohenden Nachtheile nicht gehorchen werde, und wo dem Kläger eine Geldcondemnation nicht genügte, konnte wohl in allen Interdictensachen der Prätor den Proceß **extra ordinem** an sich nehmen, und dann direct das Befohlene erzwin-

---

es liegt doch auch in dieser Stelle, daß der Prätor berechtigt ist, bisweilen mit seiner potestas einzugreifen.

11) Gai. IV. 165. — deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille huic invicem restipulationis: sed actor sponsionis formulae subjicit et aliud judicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur ....

Digitized by Google

gen. Es berechtigt uns zu dieser Annahme theils schon die nachgewiesene Gleichheit des Gebietes zwischen Interdicten und extr. cogn., theils aber scheint dieselbe nothwendig, um nun etwas Anderes zu rechtfertigen, was wir entschieden in unseren Quellen finden.

Es wird nämlich bekanntermaßen von Ulpian in fr. 68. de rei vind. die allgemeine Theorie vorgetragen, daß in allen Fällen, wo qui restituere jussus judici non paret, siquidem habeat rem, manu militari officio judicis (Praetoris?) ab eo possessio transfertur. Von den vielen hierüber geäußerten Ansichten scheint mir die Hollweg'sche [12]) die wahre, der mit Recht sagt, bei der etwaigen Verfälschung dieser Stelle müßte der Geist der classischen Zeit in ganz ungewöhnlicher Weise über die Compilatoren gekommen sein, und gerade weil diese Voraussetzung viel zu gewagt wäre, so muß man diese Stelle für eine ächte Aeußerung Ulpians halten. Dabei ist aber streng festzuhalten, daß directe Execution jedenfalls in der älteren Zeit bei den actiones nicht vorkam, daß sie zuerst bei den Interdicten aufgekommen und dann nicht lange vor Ulpian auf jene übertragen sein mag [13]).

Dies paßt vollkommen mit unserer Auffassung zusammen. Wenn Interdicte und extr. cogn. ein und dasselbe Rechtsgebiet umfassen, wenn jene immer schon bisweilen in diese verwandelt werden konnten, was ist natürlicher, als daß bei den Interdicten allgemein recipirt wurde, was in denselben Sachen früher bereits Statt gefunden hatte, als sie noch extraordinariae cognitiones waren. Ja es wäre vielleicht die Annahme zu rechtfertigen, daß bei den Interdicten, wenn der Bekl. besaß, von jeher die directe Prätorische Execution bestand, wo-

12) Handbuch des Civ. Proc. I. S. 329 ff.

13) Später wurde die Execution manu militari, abgesehen von einzelnen Ausnahmen (l. 2. C. de his, qui latrones 9. 39.) wieder aufgehoben und streng verboten (l. 5. C. de jurisd. 3. 13. l. 1. C. de off. mil. jud. 1. 46) und da die Compilatoren dies billigen, so kann doch nicht gerade von ihnen das Umgekehrte dem Ulpian in den Mund gelegt werden.

Digitized by Google

bei es sich doch noch völlig erklären läßt, daß anstatt derselben auch bisweilen wahre extr. cogn. eintraten.

Daß aber dies bei den Interdicten geltende Recht erst von da auf die actiones übertragen ist, deutet auch Ulpian an, indem er in unserer Stelle gewiß nicht zufällig die Interdicta voranstellt.

> **Haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt .... locum habet.**

§. 55. Bisher ist nur von dem Verfahren die Rede gewesen, welches bei allen Interdicten vorkam. Daneben bestand für die eine Klasse derselben, nämlich wo der Prätor **aliquid fieri jubet**, das besondere Verfahren, **per formulam arbitrariam**, welches die Zeichen seiner *späteren* Entstehung an der Stirn trägt. Auch kann es unmöglich das frühere einzige gewesen sein, da es sich nicht auf alle Interdicte, nämlich auf die **prohibitoria** gar nicht bezieht, und zu diesen gerade die gehören, die wir den ältesten Zeiten vindiciren müssen.

Das Verfahren **per formulam arbitrariam** ist das von dem ursprünglichen Proceß in den Interdictensachen, nämlich den **extraordinariae cognitiones**, am Weitesten entfernte, den **actiones** sehr nahe stehende. Und daß man endlich dahin gelangen mußte, ergiebt sich aus unseren obigen Principien so ziemlich von selbst. Das **exhibere** ist an und für sich nicht eine Handlung, die nur vom Prätor befohlen werden konnte, eben deßhalb zieht er es auch nur aus ganz besonderen Gründen in den Kreis der **Interdicta** (§. 53. Note 7). Dasselbe gilt auch vom **restituere**, welches bei einer Menge von **actiones**, seien sie **in rem** oder **in personam**, vorkommen kann, und also mit dem Prätorischen **imperium** gar nicht zusammenhängt. An und für sich kann daher ein Recht auf **restituere** noch nicht Gegenstand eines Interdictes sein, wenn es nicht aus einem Verhältniß entsprungen ist, dessen Schutz direct von der Macht des Prätors abhängt. So kann aus dem interimistischen Verhältniß der **op. novi nunc.** ein Anspruch auf **restituere** hervorgehen, was denn mit einem Interdicte durchgesetzt wird. So ist namentlich der *Besitz* Ge-

Digitized by Google

genstand des Prätorischen Schutzes, d. h. da wo es passend ist, daß die Sache sich befinde, soll sie nun auch ferner gegen Störungen geschützt sein. Aber da häufig Fälle vorkommen, daß die Sache sich in Händen befindet, deren Besitz zu schützen nicht passend sein würde, so muß der Prätor oft die erste Herausgabe oder die Zurückgabe des Besitzes befehlen [1]). Nicht deßhalb ist dies der Gegenstand von Interdicten, weil es hier auf ein **restituere** ankommt, sondern weil es sich um **possessio** handelt.

Dabei mußte es aber doch den Römern immer klarer werden, daß bei allen diesen Rechtsmitteln auf ein **restituere** und **exhibere** der factische Zustand, dessen Dauer nothwendig der Prätorischen Schützung bedarf, eben nur mittelbar in Betracht kommt, daß hingegen dasjenige, warum es sich hier eigentlich handelt, sich von dem bei den **actiones** vielfach Vorkommenden gar nicht unterscheidet, weßhalb denn auch kein Grund vorhanden war, dabei nicht das gewöhnliche Actionenverfahren eintreten zu lassen. Nur wo es sich um ein **prohibere** handelt, also um Verhütung von Gewaltthätigkeiten gegen ein gewisses factisches Verhältniß, mußte das bisherige pönale Interdictenverfahren beibehalten werden. Bei den übrigen Sachen, **quibus Praetor aliquid fieri jubet**, stand einer Annäherung, ja man kann fast sagen einer Ausgleichung mit dem Actionenproceß nichts im Wege.

Dies ist es gerade, was wir in der **formula arbitraria** finden. Bei dem Sponsionenproceß ist das **decretum** des Prätors von wahrer innerlicher Bedeutung. Es ist der Grund, daß, wer demselben nicht gehorcht, und doch schuldig ist zu gehorchen, Strafe leiden muß. Es konnte, seitdem man das Beweisverfahren in den Contraventionsproceß gezogen hatte, der Bekl. sich doch nicht damit entschuldigen, seine Verpflichtung sei bei Erlassung des **decretum** vom Kläger noch nicht bewie-

---

1) Nicht unrichtig sagt ein wohl wenig bekannter Schriftsteller, Joh. Tavardus, de interdictis et actionibus (Frankf. 1600): „in restitutoriis et exhibitoriis Interdictis Praetor tacite censetur prohibere, ne vis fiat ei, cui res exhibita est, aut restituta, ut patet ex l. 1. D. ne vis fiat ei qui in poss."

Digitized by Google

sen gewesen. Er soll, wo er sich innerlich verpflichtet fühlen muß, sich nicht auf formelle Gründe berufen, und nur wo er in Wahrheit unschuldig ist, braucht er sich an den Befehl des Prätors nicht zu kehren, indem ja dann bei dem judex seine Unschuld schon an den Tag kommen wird, und er nun sogar des Klägers Bestrafung veranlassen kann. Nur gegen den Schuldigen ist das Decret des Prätors gerichtet, für den Unschuldigen ist genug gesorgt, daß er nicht in Strafe falle. Der Schuldige aber hat seine Strafe bereits verwirkt, wenn seine Schuld an den Tag kommt, weil er sich gegen den Befehl des Prätors aufgelehnt hat, dem er sogleich gehorchen, nach dem er nicht erst noch auf das formelle Beweisverfahren beim judex sich triegen sollte.

Man konnte nicht der Ansicht sein, dieses eigentliche Interdictenverfahren, das eben den Charakter der darin verhandelten Rechtssachen anzeigt, in irgend einer Weise aufzuheben, aber man wollte doch, wo es auf **exhibere** und **restituere** ankam, dem Beklagten die Möglichkeit gewähren, den Proceß in ähnlicher Weise, wie bei den **actiones**, also ohne Gefahr einer Strafe fortzuführen, schon deßhalb, weil hier sehr viel ehr der Fall denkbar ist, daß der Bekl. ohne das innere Bewußtsein der Schuld doch nachher vom Kläger im Beweisverfahren besiegt werden konnte. Deßhalb knüpfte man die Einleitung des Verfahrens **per formulam arbitrariam** an die Bitte dessen der es wünschte, was meistens der Bekl. gewesen sein wird [2]), und nun folgte ganz nach den gewöhnlichen Regeln des **ordo judiciorum** die Verhandlung der Sache [3]). Der

---

2) Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est antequam a Praetore discedat; sero enim petentibus non indulgebitur. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur, nam actor provocat adversarium sponsione. etc. — Gaius (IV. 164. 165) stellt hier offenbar das Eintreten des arbiter als ein Schutzmittel gegen die Provocation des Klägers dar, also als ein Schutzmittel für den Beklagten.

3) Gai. IV. 163. — namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id

Digitized by Google

judex erließ noch einmal ein **arbitrium de restituenda vel exhibenda** rc, und erst diesem (also erst nach Beendigung des Beweisverfahrens) brauchte der Bekl. zu gehorchen, ohne in eine Strafe zu verfallen. Darin liegt, daß nun der erste Befehl, das **decretum** des Prätors, hier gar keine materielle Bedeutung mehr hat, indem jeder Beklagte sich gehütet haben wird, vor dem Resultate des Beweisverfahrens zu gehorchen, da ihm ohne Schaden so lange zu warten erlaubt war. Also ein materieller Unterschied zwischen diesem und dem Actionen-Verfahren besteht nicht mehr. Nur die Schranke ist zwischen beiden bestehen geblieben, daß es auf die Achtsamkeit des Bekl. ankommt, sich die **formula arbitraria** eigends erbitten zu müssen, wo er nicht in die Gefahr des pönalen Verfahrens gerathen will. Im Uebrigen ist es nur ein formeller Unterschied, daß der Prätor nach Vortragung der gegenseitigen Behauptungen hier erst noch ein hypothetisches Urtheil fällt, und dann die **formula** abfaßt, während bei den **actiones** nur von diesem Letzteren die Rede war.

Danach darf die Frage aufgeworfen werden, weßhalb nicht der Prätor nun den letzten Schritt that, und jene Formalität der Fällung eines hypothetischen Urtheils ganz über Bord warf? Man könnte dies vielleicht nur dadurch zu erklären versucht sein, daß die Römer am Althergebrachten hingen, und und deßhalb auch unnütze Formalitäten gerne bewahrten. Indessen das Princip, welches wir in den Interdicten gefunden haben, gewährt uns noch weit bessere Gründe. Einestheils konnte ja, was eben bemerkt ist, die Nachlässigkeit des Bekl. es dahin bringen, daß es doch zum Sponsionenproceß kam, und da der **arbiter** immer nach Sprechung des **decretum** erbeten wurde, so konnte diese also um jener Möglichkeit willen, nie unterbleiben. Und das Sponsionenverfahren hier ganz abzuschaffen, konnte der Prätor nie Lust haben, weil, wenn es sich auch nur um ein **exhibere** und **restituere** handelte, doch der mittelbare Zusammenhang mit den Fragen feststeht, welche

---

sine poena exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur.

Digitized by Google

direct von der Prätoriſchen Jurisdiction abhängen. Ein Zuſammenhang, den zu zerſchneiden der Prätor nie wollen konnte, um dieſe Interdicte nicht ganz vom Gebiete der extr. cogn. zu entfernen, wonach es ihm allein möglich war, bisweilen den vorliegenden Fall ganz extra ordinem zu entſcheiden, und überhaupt die Executionsregeln ſeiner extraordinariae cognitiones auch bei allen Interdicten aufrecht zu erhalten, ſo daß ſie ſpäter ſogar auf die actiones übertragen werden konnten. — Das Endreſultat iſt alſo, daß auch bei den exhibitor. und reſtitutoriſchen Interdicten immer noch ihr urſprünglicher materieller Grundcharakter zu erkennen iſt, daß aber, namentlich bei manchen derſelben, im praktiſchen Leben nie oder faſt nie die formelle Geſtalt derſelben eine andere war, als der Proceß per formulam arbitrariam, daß ſie alſo in ihrer äußeren Erſcheinung mit den actiones faſt zuſammenfielen. Kann es uns deßhalb Wunder nehmen, daß der Prätor ſelbſt, wenn er etwa ein ſchon länger beſtehendes Interdict unbeſtimmt erweitern wollte, eben dieſes Interdict unverändert beſtehen ließ (denn die Erweiterung hätte wieder eine genau beſtimmte ſein müſſen), und daß er, was nicht darunter gehörte, nun nach jedesmaliger Unterſuchung mit einer in factum actio zu ſchützen verſprach? [4])

Daher erklärt ſich fr. 1. §. 1. de Salv. int., wo eine utilis actio, die ſich an das Interdict anſchließt, erwähnt wird, was indeß nach der weiteren Bedeutung auch ſo genommen werden könnte, wie utile interdictum (fr. 1. pr. eod.); da actio im allgemeinen Sinn jedes Rechtsmittel, alſo auch die Interdicte bezeichnet (ſ. §. 20. Note 2). Ein anderes ſichereres Beiſpiel finden wir bei dem Fraudatorium Interdictum, welches fr. 67. §. 1 u. 2. ad Sc. Trebell. und fr. 96. pr. de solutionibus erwähnt wird, und deſſen Bedeutung und Verhältniß zur Pauliana actio bisher für völ-

4) Von der anderen Seite ſehen wir Fälle, die nicht unter die Vorausſetzungen eines beſtimmten Interdicts paßten, und für die auch keine in fact. act. proponirt werden konnte, wieder in das reine Gebiet der extr. cogn. zurückfallen. Fr. 3. §. 3. de lib. exhib.

Digitized by Google

lig räthſelhaft gehalten worden iſt. Man hat bereits vermuthet, daß die Edictsworte der **Paul. act.** uns in **fr. 1. pr. quae in fraud. cred.** aufbewahrt worden ſeien, wogegen die in **fr. 10. pr. eod.** mitgetheilte Edictsſtelle eben jenes Interdict beträfe. Ich kann auf die Gründe, die mir dies entſchieden zu beweiſen ſcheinen, hier, ſoweit ſie nicht im Folgenden liegen, nicht weiter eingehen, ſondern nehme es als feſtſtehend an, was auch gegründeten Widerſpruch nicht wohl erfahren wird. Die Edictsworte der Pauliana lauten alſo folgendermaßen:

> **Quae fraudationis causa gesta erunt, cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit servabo.**

Das Interdict dagegen wird ſo beſtimmt:

> **Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de agitur, fecit, ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actionem ex edicto meo competere esseve oportet, et si non plus quam annus est, quum de ea re qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.**

Die directe Anrede und der ausdrückliche Reſtitutionsbefehl zeigen klar genug die Interdictennatur an [5]); darauf folgt nun aber noch der Zuſatz:

> **Interdum causa cognita, etsi scientia non sit in factum actionem permittam.**

Alſo es iſt eine **in factum actio**, welche zur weiteren Ausdehnung des Interdictes dient, da man, weil **Interdicta** eigentlich nur gegen den ſeiner Schuld Bewußten gerichtet werden, daſſelbe **si scientia non sit**, nicht wohl anwenden konnte. Im Uebrigen aber hat doch dieſe **in fact. act.** alle Vorausſetzungen des Interdictes, und ſo kommt es, daß Ulpian in der weiteren Erörterung des **fr. 10.** beide als **ein**

---

5) Die Stelle iſt aus Ulpians 73. Buch ad edictum, worin er noch die Interdicte abhandelt. **Fr. 1. de migrando.**

Digitized by Google

Rechtsmittel auffaßt, und dies, weil die **in fact. act.** die Erweiterungen enthält, überhaupt kurz eine **in fact. act.** nennt. — Dennoch können wir hier immer noch die materielle Grundlage erkennen, um derentwillen man, abgesondert von der Pauliana actio, ein Interdict constituirt hat. Die erstere steht dem curator bonorum, oder wer an seiner Stelle ist, d. h. dem Repräsentanten sämmtlicher Gläubiger zu, wodurch gerade die Gesammtheit der Gläubiger gegen Geschäfte des Cridars mit dritten Personen gesichert sein soll. Diese dritten Personen sind also entweder Schuldner des **fraudator**, oder solche, denen er nach Eröffnung des Concurses durch irgend ein Geschäft, unrechtmäßigen Vortheil zuwenden will [6]). Die Gläubiger, welche **in bona** immittirt sind, werden hier als eine Einheit betrachtet, welche, da sie durch den Verkauf der Güter bezahlt werden will, es auch nicht zu leiden braucht, daß von dem activen Vermögen also auch von den Forderungen des Cridars irgend etwas hinwegkomme, oder daß noch aus späteren Contracten ein Gläubiger zu ihnen hinzutrete, und so ihre **rata**, auf die sie hofft, vermindert werde. Ebendeßhalb wird die Gläubigerschaft gegen alle solche Beeinträchtigungen durch den **curator. bonor.** repräsentirt, und alle Voraussetzungen einer wahren **actio** sind hier vorhanden.

Offenbar aber sind durch diese juristische Gestalt der **Paul. act.** diejenigen Fälle ausgeschlossen, wo die einzelnen Gläubiger, die zusammen **in bona** immittirt wurden, und nach Außen hin eine Einheit bilden, wieder unter sich betrügerisch mit

6) **Fr. 1. §. 1. h. t. — quo edicto consuluit creditoribus, revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt. Fr. 6. §. 9. Praeterea illud sciendum est, eum, qui consentientibus creditoribus aliquid a fraudatore vel emit, vel stipulatus est, vel quid aliud contraxit, non videri in fraudem creditorum fecisse. Fr. 1. §. 2. Sive ergo rem alienavit, sive acceptilatione vel pacto aliquem liberavit. — Fr. 3. §. 1. Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam, si forte data opera ad judicium non adsit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petat, ut tempore liberetur, aut usumfructum vel servitutem amittat.**

Digitized by Google

diesen **bona** verfahren, und weil sie nicht alle vollständig befriedigt werden können, sich der Eine vor dem Anderen bezahlt zu machen suchen. Gegen sie kann der Curator nicht auftreten, weil dieser nur Repräsentant aller Gläubiger, also auch der betrügerisch Handelnden ist. Und an und für sich ist ja der Gläubiger, der sich ganz bezahlt zu machen sucht, in seinem Rechte, da ihm die Forderung wirklich zusteht. — Indessen greift hier ein anderer Gesichtspunct ein; der Prätor, indem er **missio in bona** den Gläubigern ertheilt, gewährt ihnen dadurch das Mittel, wenigstens theilweise zu ihrem Gelde zu kommen. Aber dafür verlangt er auch von ihnen, daß sie sich ihres Rechtes einstweilen begeben, ihre ganze Forderung bezahlt zu erhalten. Sie Alle sollen jetzt auf gleicher Stufe stehen, und so ist es, was von selbst aus der Ertheilung der **missio** folgt, Pflicht des Prätors, den factischen, daraus hervorgegangenen Zustand in Beziehung auf die **bona** zu schützen, damit der eine **creditor** nicht mehr als der andere erhalte. Das kann also nur Gegenstand eines Interdictes sein, und daß wirklich darauf jenes **fraudatorium interdictum** ausgeht, scheint mir leicht bewiesen werden zu können. Jene Edictsworte scheiden ausdrücklich in Beziehung auf die **bona, quibus de agitur**, den **tu** und die **illi**, welche hier nicht durch den **curator bon.** repräsentirt werden, sondern da sie Alle gleiches Recht auf die **bona** haben, als Einzelne gegen Einzelne zu schützen sind. Und so geht es denn auch aus der weiteren Erörterung Ulpians in **fr. 10.** deutlich hervor, daß hier nur **creditores** den Mitcreditoren gegenüberstehen [7]).

---

7) S. namentlich gleich fr. 10. §. 1. h. t. — ferner §. 6. **Praeterea sciendum est, posse quaeri, quod dicitur, in fraudem creditorum alienatum revocari posse, si iidem sint creditores, et si unus creditor sit ex illis, qui fraudati sunt, sive solus tunc fuit, sive quum ceteris satisfactum est, hic solus remansit, probandum esse, adhuc actioni fore locum. §. 13. Si, quum mulier fraudandorum creditorum consilium inisset, marito suo eidemque debitori in fraudem creditorum acceptum debitum fecerit dotis constituendae causa etc. §. 22. Praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fue-**

Digitized by Google

§. 56. Die Entwicklung des Interdictenproceſſes iſt hiermit in möglichſter Kürze gegeben worden. Das Reſultat, das wir darin gewonnen, iſt allerdings für das Folgende von großer Wichtigkeit. Wir haben gefunden, daß die Frage nach der Form des Verfahrens im inneren Zuſammenhang mit der materiellen Bedeutung der darin verhandelten Rechtsſachen ſteht, daß wir, ſobald ein Fall unter den Schutz eines Interdictes geſtellt iſt, daraus einen Rückſchluß machen dürfen auf die Natur dieſes Falles. Wir ſind berechtigt zu präſumiren, daß darin ein Rechtsverhältniß vorliegt, welches ſeine Entſcheidung nur vom Prätor erhalten kann, und das auch überhaupt Nichts in ſich faßt, was gewöhnlicher Gegenſtand der actiones iſt. Wo es ſich alſo um Rechtsverhältniſſe an Sachen handelt, haben wir zu präſumiren, daß bei den Interdicten nur von possessio die Rede ſei, weil nur dieſe vom Prätoriſchen imperium abhängt, während das definitive Recht an Sachen (alſo die proprietatis quaestio) in den Actionenproceß gehört. Allerdings kann auch hiervon der Prätor, wenn er es paſſend hält, abgehen.

Es können Fälle vorkommen, wo der Prätor gewiſſe Befugniſſe an Sachen ſchützen will, die ſo exorbitanter Natur ſind (z. B. die Wiederherſtellung eines Weges), daß als Berechtigung dazu ihm nicht mehr die Nachweiſung der possessio genügt, ſondern er den Beweis des Rechts ſelbſt, aus dem

---

rint sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset, ſ. noch beſonders fr. 24. h. t. — Dies Interdict, welches ſich anfänglich und eigentlich nur auf den wahren Concurs bezieht, iſt dann auch weiter auf alle Handlungen bezogen worden, wodurch ein Creditor malo consilio einen Mitgläubiger zur eigenen Befriedigung um deſſen Forderung bringt; wie dies namentlich aus fr. 96. pr. de solut. und fr. 6. §. 2. de reb. auct. jud. hervorgeht. — Im Uebrigen ſind die Vorausſetzungen des Interdicts ganz wie bei der Paulliana actio, was der Prätor ausdrücklich ſchon im Edicte angiebt (si eo nomine actionem ex edicto meo competere esseve oportet). So haben wir denn hier entſchieden einen Fall, wo die actio das Frühere iſt, und das Interdict erſt ſpäter eingeführt ſein kann. Die umgekehrte Ordnung ließe ſich hier auch gar nicht wohl denken (ſ. §. 52. Note 7.)

Digitized by Google

jene Befugniß fließen soll (also in jenem Fall den der Wegegerechtigkeit) fordert [1]). Hier zieht er die **proprietatis quaestio** als Vorbedingung des eigentlichen **petitum** mit in den Proceß, und wenn auch außerdem es möglich ist, daß gar nicht in solcher mittelbaren Weise, sondern direct und allein die **proprietatis quaestio** beim Interdict in Betracht kommt [2]), so sind doch das Alles nur ganz singuläre Fälle, die sich freilich selbst sehr gut erklären lassen, die aber nicht zu einer ausdehnenden Argumentirung auf andere Fälle passen. Daß die Römer selbst sie als reine Singularitäten ansehen, geht klar daraus hervor, daß der Prätor speciell im Edicte auf diesen ihren Charakter aufmerksam macht [3]). Aber darin liegt denn auch, daß, wo wir bei anderen Interdicten dies nicht finden, wir nicht daran denken können, das von ihnen umfaßte Rechts-

---

1) Ulpian nimmt es (fr. 3. §. 13 de itin. actuque) als etwas sich von selbst Verstehendes an, daß die Forderung auf Refection nur aus dem jus servitutis hervorgehe. **Hoc interdicto is demum uti potest, qui hoc anno usus est, et jus sibi esse reficiendi docet. Jus autem esse videtur reficiendi ei, cui servitus debetur.** — Es kann gefragt werden, weßhalb hier wegen der Refection überhaupt ein Interdict bestehe, da ja die petitorische vindicatio servitutis ausreiche. Auch darüber giebt uns Ulpian Aufschluß. Das Int. de it. actuq. priv. reficiendo geht nicht bloß auf Refection, sondern ist zugleich Besitzesklage, es geht darauf, daß man gerade nach der Refection, **commode uti possit itinere vel actu.** (fr. 3. §. 12. eod.) Eben deßhalb ist ein doppelter Beweis nöthig. **Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum, et ei servitutem competere, ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum.** — Also dies Interdict ist stets zugleich das gewöhnliche Interdict de itinere actuque privato.

2) Hieher gehört ein anderes Interdict, welches **proprietatis quaestionem** enthält, de aqua ex castello. (fr. 1. §. 38 u. ff. de aqua quot. et aest.) dessen Natur sich leicht erklärt. Es ist ein lediglich vom princeps zu ertheilendes Recht an einer aqua publica. Hier kann also auch kein judex entscheiden, es muß eben so wie bei öffentlichen Flüssen u. dergl. ganz und gar dem Prätor anheimfallen. Auch dies ist ein Interdict, was erst in der Kaiserzeit aufgekommen sein kann.

3) Fr. 3. §. 11. de itinere actuq. priv. — „ut tibi jus est." Fr. 1. §. 38. de aqua quot. — „cui ejus rei jus fuit."

Digitized by Google

verhältniß an Sachen erſtrecke ſich weiter, als auf die possessionis quaestio.

Damit ſind wir gerade zu dem entgegengeſetzten Reſultate gelangt, als worauf wir jene andere Anſicht über die Interdicte kommen ſahen, derzufolge dieſelben die früheren Rechtsmittel wären, welche ſich von den ſpäter aufgekommenen petitoriſchen Klagen nur durch beſondere Vortheile des Verfahrens unterſchieden hätten. Nach unſerer Auffaſſung kann allerdings der Sponſionenproceß noch als eine beſondere außerordentliche [4]) Verfahrensart angeſehen werden, da er der extraordinaria cognitio ſehr nahe ſtand, dagegen bei der formula arbitraria iſt gar kein materieller Unterſchied mehr vorhanden [5]). Und doch iſt ſie es gerade, welche der Beklagte ſich in allen den Fällen, an die man hier meiſtens denkt, erbitten konnte, nämlich beim Interdictum quor. bon., Salvianum und frau-

---

4) Man wird dies für keinen Widerſpruch mit der §. 54. Note 9. angeführten Stelle halten.

5) Daß man den Sponſionenproceß nach Art unſeres Mandatsproceſſes auffaſſe, iſt deßhalb nicht möglich, weil deſſen Eigenthümlichkeit, Erlaſſung eines Urtheils auf einſeitigen Antrag bei den Interdicten nicht vorkommt. — Ob man aber überhaupt die Interdicte als ſummariſche Rechtsmittel anſehen dürfe, dieſe Frage würde nur dann fruchtbringend ſein, wenn wir es als das Princip des Interdictenproceſſes aufſtellen dürften, er ſei um der raſcheren Beendigung der Sachen willen eingeführt. Dies aber ſcheint durch die gegebene Entwicklung genügend widerlegt, und wenn man daher auch im Sponſionenproceß bisweilen ſchneller zu Ende kam, und das Beweisverfahren ſparte (wenn nämlich der Bekl. gleich gehorchte), ſo iſt doch darauf kein ſolches Gewicht zu legen, weil gar nicht um dieſer Erſparung willen, ſondern aus einem ganz anderen Principe dieſe Geſtalt des Interdictenproceſſes zu erklären iſt. Der Römiſche Proceß war überhaupt ein ſo raſcher, daß man gar nicht daran denken konnte, eigene Proceßarten, um noch raſcher zu verfahren, einzuführen. Gerade weil die Geſtaltung des Interdictenverfahrens ganz unabhängig von dieſem Gedanken iſt, ſo erklärt ſich, daß der Sponſionenproceß, wie oben bemerkt wurde, oft eine Verweitläuftigung der Sache enthalten konnte. (S. 344 unten.)

Digitized by Google

datorium, so daß also auch gar kein formeller Unterschied mehr zwischen ihnen und der her. pet., Serviana und Pauliana actio bestände. Wie aber soll denn das fernere Nebeneinanderbestehen beider Rechtsmittel erklärt werden?

Ebensowenig ist jener andere vielfach geäußerte Gedanke haltbar, wonach den Interdicten nur eine Bescheinigung, kein strenges Beweisverfahren zum Grunde gelegen habe, wonach also ein bedeutender Unterschied zwischen ihnen und den etwa dasselbe Verhältniß betreffenden actiones bestehe. Die früheren Gründe, auf die man sich hiefür gestützt hat, sind schon von Anderen zu genügend widerlegt, als daß hier noch weiter darauf eingegangen zu werden brauchte. In neuerer Zeit ist derselbe Gedanke wieder in anderer Weise vorgetragen [6]), da indeß dies mit specieller Beziehung auf das Int. quor. bon. versucht worden, so kann dessen Widerlegung erst später erfolgen.

d) Verhältniß der adipiscendae possessionis interdicta zum petitorium.

§. 57. Daß die retinendae und recuperandae possessionis Interdicta sich lediglich auf die possessio beziehen, ist keinem Zweifel unterworfen. Es ist oben sogar als das Princip der ganzen Lehre von der possessio entwickelt worden, daß man hier ein Rechtsverhältniß, durchaus getrennt von der proprietatis quaestio, constituiren wollte, dessen Erforderniß deßhalb außer dem corpus nothwendig der animus domini sein mußte (s. §. 35.). Es ist nun jedenfalls zuzugestehen, daß zu den Klagen, die zum Schutze dieses Rechtsverhältnisses der possessio dienen, nur jene recuperandae und retinendae poss. int. gehören, denn was zum Schutze von Etwas gereichen soll, setzt das jetzige oder frühere Bestehen desselben voraus, und gerade darauf stützen sich die genannten Interdicte. Es ist daher auch Nichts im Geringsten dagegen einzuwenden, wenn man dieselben mit dem Namen der possessorischen im engern Sinne bezeichnen will, sobald man nur bevorwor-

6) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

Digitized by Google

tet, daß man damit die Klagen zum Schutze des Besitzes meine [1]).

Aber ist daraus nun zu folgern, daß die **Interdicta adipiscendae possessionis** deßhalb gar nicht in die Lehre von der **possessio** gehören? Freilich wird niemand daran denken, sie, die in so verschiedenartige andere Lehren eingreifen, äußerlich im Systeme bei der Lehre vom Besitz zusammenzustellen, aber eine andere Frage ist, ob nicht auch diese Interdicte mit jenen anderen in einem inneren Zusammenhange stehen, welcher darin liegt, daß in allen diesen Processen es sich lediglich **de possessione** handelt?

Bekanntlich hat Savigny die entschiedene Ansicht ausgesprochen, daß die **adipiscendae possesionis** mit den possessorischen im engern Sinne nichts gemein hätten, ja noch mehr, sie hätten selbst unter sich nichts gemein, wie sich leicht durch eine Aufzählung derselben zeigen lasse, und schon daraus erhelle, daß sie an so verschiedenen Stellen der Quellen abgehandelt worden [2]). Viele andere Schriftsteller sind ihm darin gefolgt; und so haben wir denn eine genaue Prüfung der Gründe vorzunehmen, auf welche sich diese, wie mir scheint, nicht richtige Ansicht stützt.

Savigny beginnt mit folgender Argumentation. Ebenso wie die **rei vindicatio** die Klage sei, welche sich auf das Eigenthum des Klägers, die **actio emti**, die, welche sich auf die **emtio** stütze, so müßten possessorische Klagen sein, welche sich auf den Besitz des Klägers gründeten. Bei den **recuper.** und **retinendae poss. int.** sei dies nun allerdings der Fall, nicht aber bei den **adipisc.**, und da diese weder auf die Fiction eines schon beim Kläger vorhandenen Besitzes, noch einer Fortsetzung des Besitzes einer anderen Person durch den Kläger gebaut werden könnten, so folge, daß die **adipiscendae** mit jenem Begriff der possessorischen Klagen auf keine Weise in Verbindung ständen.

---

1) Das geschieht denn auch mit völliger Bestimmtheit von Savigny. Besitz S. 458.

2) Besitz. (6. Aufl.) S. 452 ff.

Digitized by

Indessen folgt dies wirklich aus jener Voraussetzung? Daß die adipiscendae poss. int. allerdings nicht unter die Klagen zum Schutze eines bestehenden oder als bestehend fingirten [3]) Besitzes, also unter die possessorischen Klagen im engeren Sinne gehören, giebt Jedermann zu. Aber es giebt doch auch Klagen auf Uebertragung des Eigenthums, die wir freilich keine Eigenthumsklagen nennen, die aber doch in die Frage vom Eigenthum eingreifen, indem durch sie entstehen soll, was dann ferner durch rei vindicatio geschützt werden kann. Also eine Verbindung zwischen diesen beiden Klagarten (den vindicationes und condictiones) kann doch nicht geläugnet werden, woraus sich erklärt, daß aus besonderen Gründen beide in ein Rechtsmittel zusammenfließen können, das dann also zugleich recuperandi (oder wenn man will, retinendi) und zugleich adipiscendi dominii ist [4]). Ebenso kann man nun auch die adipiscendae poss. int. als reinen Entstehungsgrund des Rechtsverhältnisses auffassen, dessen weiterer Schutz dann den possessorischen Klagen im engern Sinne zufällt. Darin liegt, daß beide Arten der Rechtsmittel freilich nicht auf dieselbe Weise begründet werden, daß aber der Inhalt beider Processe sich lediglich auf dasselbe Rechtsverhältniß, die possessio, bezieht, wodurch denn doch der Begriff des einen mit dem des anderen in eine wahre Verbindung tritt.

Gegen diese Fassung des Satzes kann nun auch der folgende von Savigny aufgestellte Grund nicht eingewandt werden. „Es ließen sich nämlich allerdings die adipiscendae poss. int. mit den recup. und retinendae äußerlich zusammenstellen, als Klagen, welche den Besitz zum Zweck haben. Allein eine solche Bestimmung sei so gut als gar keine, da der Besitz bei den meisten Klagen vorkommen und nicht vorkommen könne, was offenbar ganz zufällig sei. Ebensogut könnten dann also die actio pignoratitia, emti, locati, und unzählige andere Klagen zu den possessorischen Klagen gerechnet werden.“ Allerdings kommt bei einer Reihe von actiones das restituere

3) Fr. 17. pr. de acq. vel am. poss.
4) §. 14. J. de actionib.

Digitized by Google

der possessio in Betracht, aber nicht direct und allein, sondern als Folge eines anderen Rechtsverhältnisses, dessen Entscheidung der eigentliche Gegenstand des Processes ist. Das Criterium, woraus man dies erkennt, ist, daß nachdem man mit diesen Klagen die Sache erhalten hat, man, sobald sie von Neuem hinwegkommt, sie immer wieder mit wahren actiones verfolgen kann (pignoraticia act., Publiciana, rei vindicatio etc.) Dem lassen sich Processe gegenüberstellen, deren Inhalt nur die possessio ist, wo dieselbe ganz abgesehen von allem durch eine actio geschützten Rechte, Gegenstand der Erlangung ist; welche sich rein aus Rücksichten erklären, die der Prätor über Regulierung des Besitzstandes aufstellt; aus denen für ferneres Behalten der Sache nur die retinendae und recuperandae possessionis interdicta hervorgehen. Solche Rechtsmittel sind doch wahrlich nichts Undenkbares, und wenn nun die Römer jene drei Arten der Interdicta possessionis immer zusammenstellen, so ist daraus von vorn herein zu vermuthen, nicht daß diese Zusammenstellung gar Nichts zu bedeuten habe, (das würden ja doch die Römischen Juristen auch eingesehen haben) sondern daß sie gerade diese Processe als lediglich von der possessio handelnde scharf trennen wollten von denen, wo die possessio nur die mittelbare Folge eines Actionenrechtes ist. —

Ein fernerer von Savigny ausgeführter Grund wird als der entscheidendste hervorgehoben. Er ist auf die bekannte Ansicht gebaut, daß die possessorischen Interdicte im engeren Sinne sich auf Delicte stützen; der Prätor hätte hier also auch eine actio (z. B. eine actio de vi) geben können, da die Anordnung eines Interdictes statt einer actio nicht bloß für uns völlig unbedeutend, sondern auch nach der Ansicht der Römer zufällig war, d. h. die Natur des Klagrechtes selbst nicht afficirt. Wenn wir nun aber solche actiones fänden, so würde Niemand darauf kommen können, sie mit den adip. poss. Int. in eine Klasse zu setzen. — Allein einestheils ist jene allgemeine Charakteristik der possessorischen Interdicte als Delictsklagen vielfach bezweifelt worden, und auch wir können nach der im §. 35. gegebenen freilich nur kurzen Darstellung uns nicht zu derselben bekennen, — anderntheils aber haben wir,

Digitized by Google

auch wenn wir jenes zugäben, was jedenfalls für einige poſſeſſoriſche Interdicte feſtſteht, dennoch der daraus gemachten Schlußfolgerung unſere obige Entwicklung der Interdictenſachen entgegenzuſetzen. Wenn auch die Beſitzesſtörung den Charakter eines Delicts hat, ſo kann ſie doch nicht, ſoweit ſie eben den Beſitzesſchutz hervorrufen ſoll, Grund einer **actio** werden, ſondern da ſie ein Verhältniß betrifft, das direct unter der Prätoriſchen Aufſicht ſtehen muß, ſo iſt die Ertheilung des Interdicts keineswegs für zufällig zu halten. Und da wir nun in Beziehung auf das **adipisci** der **possessio** Interdicte vorfinden, ſo muß uns das gerade ein Grund ſein, auch bei allen dieſen Proceſſen nicht eine Zufälligkeit, ſondern eine Gemeinſamkeit der darin verhandelten Rechtsſachen anzunehmen. — Dieſes Reſultat wird entſchieden durch den Umſtand beſtätigt, daß wir in dem bekannten neu entdeckten Fragmente Ulpians, Interdicte haben kennen lernen, welche ſowohl **recuperandae** als **adipiscendae possessionis** ſind [5]). Iſt es, das läßt ſich nun wohl fragen, anders möglich, als daß ein und daſſelbe Rechtsgebiet alle **interdicta possessionis** umfaſſe, wenn wir ſo in einem und demſelben Rechtsmittel zwei verſchieden begründete Anſprüche auf dieſelbe **possessio** combinirt finden? — Savigny iſt dadurch in der That veranlaßt worden, ſeine frühere Anſicht, als hätten auch die Römer die **adipisc. poss. int.** aus den poſſeſſoriſchen ganz auszuſcheiden, aufzugeben (er nennt ſie ſelbſt ein gewaltſames Verfahren), indeß behält er, wie mir ſcheint, doch noch zuviel davon zurück, als daß es mit der neuen Nachricht vereint werden könnte. Er giebt zu, daß bei dieſen **duplicia interdicta** nicht von einer beſonders geſtalteten (delictartigen) Verletzung der **possessio**, ſondern lediglich von einer unerfüllten Verpflichtung im Proceſſe die Rede ſei. Muß man nicht, ſtatt den Römern Schuld zu geben, ſie hätten ſich nicht in den Gränzen des Begriffs

---

5) Das **Int. quem fundum** und **quam hereditatem** (Rudorff. Zeitſchr. f. geſch. R. W. IX. № 2. S. außerdem Hugo in den G. G. A. 1836. S. 89 ff. — Dieſen Interdicten ſteht noch gleich das **Int. quem usumfructum. Vat. Fr.** §. 92. 93. (ſ. oben §. 37. Note 11).

Digitized by Google

der possessorischen Interdicte gehalten [6]), ehr darauf kommen, daß eben dieser Begriff weiter gewesen sei, daß er nicht eine

---

6) Diesen Gedanken Savigny's hat Rudorff a. a. O. S. 11 noch in eigenthümlicher Weise weiter ausgeführt. Er stellt den Satz auf, das Interdict quem fundum entspringe aus einer bloßen Detention, und setze freilich eine possessio als Klaggrund voraus, aber keinen juristischen Besitz, sondern nur eine possessio im allgemeineren Sinn, eine prätorische Mission. Es sei nur zufällig, daß unsere bisherigen Quellen gerade bloß possessorische Interdicte als Beispiele der int. recuper. poss. anführten. — Weitere Beweisgründe werden hiefür nicht angegeben; und es scheint mir durch Folgendes widerlegt zu werden.

Es däucht mir unmöglich, daß die Römer, die so genau in der Terminologie das induci (oder mitti) in possessionem und das restituere der possessio unterscheiden, die auch ausdrücklich einen materiellen Unterschied zwischen beiden hervorheben, (fr. 52. §. 2. de acq. vel am. poss.) daß sie ein Interdict hätten recuperandae et adipiscendae possessionis (also auf restitutio possessionis) nennen können, wenn es auf missio in possessionem gegangen wäre. Sie hätten dann auch das Interdict ne vis fiat ei qui in poss. als ein solches adipiscendae und recuperandae poss. Int. bezeichnen müssen, wovon doch nicht die geringste Spur ist. Und ferner, weßhalb soll man bei der Translation der poss. noch so genau die vielen Fälle, wo missio in poss. ertheilt wurde (Rudorff S. 48 u. ff.) unterschieden haben, wenn jene Interdicte ebenfalls eine Prätorische Mission enthielten. (So ist namentlich noch genau zu unterscheiden zwischen fr. 80. de rei vind. und fr. 20. §. 1. de interr. in jure, was von Rudorff nicht geschieht).

Mir scheinen die Int. quem fundum etc. als vorherrschend adipiscendae poss. aufgefaßt werden zu müssen. Da die translatio gar nicht auf dem Grunde des früheren Besitzes, sondern der verweigerten Caution ruht. Jedenfalls aber wird man, wenn z. B. ein Miether die Sache restituirt, und dann die rei vind. anstellt, das dabei vorkommende Interdict, nicht recuperandae possessionis haben nennen können! Die l. un. C. uti poss. gewährt uns den Schlüssel, wann man sie überhaupt recuperandae genannt hat. Wenn nämlich der mit der rei vind. Auftretende, auf den nun die possessio transferirt wird, vorher in possessorio besiegt war, so konnte man das leicht ein recuperare der possessio nennen, obgleich es streng juristisch immer doch ein adipisci ist, da der frühere Besitz nicht Grund der Uebertragung sein kann. Nannte man doch auch das Int. uti poss. in den Fällen retinendae, wo es streng genommen, durchaus recuperandae ist. (fr. 1. §. 9. uti poss.)

Digitized by Google

delictartige Verletzung vorausgesetzt habe? Und wenn nun das Resultat gezogen wird, daß die Römischen drei Klassen mit dem wahren Begriff der possessorischen Interdicte in gar keiner Verbindung ständen, daß sie überhaupt wissenschaftlich unbrauchbar seien, muß man da nicht den Gedanken einiger noch übriggebliebener „Gewaltsamkeit" fassen, da wir doch ehr an der Richtigkeit unserer eigenen Ansichten zweifeln, als die Römischen Juristen der Unwissenschaftlichkeit zu zeihen haben? — Der Schluß, den wir aus dem Gesagten wohl ziehen dürfen, ist, daß die Römische Zusammenstellung der drei Arten von **possessionis interdicta** und das Ineinanderfließen derselben in einzelnen Fällen, uns auch ehr wir die verschiedenen Interdicte speciell ins Auge fassen, zu der Ansicht führen muß, es habe sich in allen diesen Processen lediglich **de possessione** gehandelt.

Indessen tritt hier gleich ein anderer Gegner uns in den Weg. Huschke muß mit seiner Grundansicht über die Interdicte nothwendig zu anderen Resultaten gelangen, als die unsrigen sind. Er sagt (Studien I. S. 385 ff.): „Der Zweck der Interdicte ist, factische Zustände in solchen Fällen, die der Prätor seiner Intervention für würdig hält, zu reguliren; der Zweck der Actionen, Rechte, welche nicht anerkannt werden, durchzusetzen. — Sehr voreilig aber würde es sein, wenn man hieraus schließen wollte, daß die Voraussetzungen der Interdicte durchaus etwas Factisches, und umgekehrt die der Klagen nothwendig ein vorhandenes Recht sein müßten." Obgleich er nun anerkennt, daß „wenn die Voraussetzung des Interdicts ein Recht ist, dies nur als eine factische Voraussetzung betrachtet werde," so schließt er dennoch, weil die Voraussetzung des Interdicts ein Recht sei, so werde natürlich im Interdict auch über das Recht entschieden, also stehe der später angestellten **in rem actio** die **rei jud. exc.** entgegen. Dies sucht er nun durch das **Int. de itinere reficiendo** zu rechtfertigen, indem überhaupt, wo nicht bloß ein alter factischer Zustand aufrecht erhalten werden, sondern ein neuer eintreten solle, der Prätor in der Regel ein Recht erfordere. So sei es denn namentlich bei den **adip. poss. interdicta.**

Dem ist nun einestheils das oben (§. 56. Note 1) Ge-

Digitized by Google

ſagte entgegenzuhalten, wonach das **Int. de itinere reficiendo** nur aus einem ganz beſonderen Grunde ein Interdict iſt, indem, wenn es bloß auf Refection ginge (um derentwillen das **jus** bewieſen werden muß) es eine reine **actio** ſein würde; weßhalb es denn als Analogie für die **Int. adipisc. poss.** gar nicht benutzt werden kann. Anderntheils können Huſchke gleich jene Interdicte **quem fundum** und **quam hereditatem** entgegengehalten werden, die doch wahres **adipisci** der **possessio** enthalten können, und denen alle Einmiſchung des **jus** fremd iſt, weil darüber gerade noch ferner proceſſirt werden ſoll. Während jenes Interdict **de itin. ref.** ſich entſchieden als Singularität nachweiſen läßt, und ja überhaupt nicht **adipisc. poss.** iſt, ſo daß für die Natur dieſer Letzteren nichts daraus entnommen werden darf, ſo mögte umgekehrt der Beweis wohl nicht leicht zu führen ſein, daß was bei dem **Int. quem fundum** und **quam hered.** gilt, nicht auch für die übrigen **adipisc. poss. interd.** anzunehmen ſei. — Ueberhaupt aber müſſen wir nach unſerer obigen Erörterung läugnen, daß die Interdicte Schutzmittel für factiſche Zuſtände in jenem Huſchke'ſchen Sinne ſeien, d. h. für Zuſtände, welche man nicht als Rechte anerkennt. Jene Menge von Interdicten, die ſchon auf dem Civilrecht ruhen, betreffen wahre Rechte, und daſſelbe gilt für die erſt vom Prätor neu eingeführten Inſtitute, aber es ſind Rechte, über die kein **judex** entſcheiden kann. Dem Prätor kann es nicht einfallen, nun noch hineinzuziehen, was in der That einem **judex** überlaſſen werden darf, und alſo wenn er **de possessione** entſcheiden will, muß von einem Fall die Rede geweſen ſein, wo über das materielle Recht entweder gar nicht, oder noch nicht entſchieden, wo die Forderung auf die **possessio** nicht als mittelbare Folge des wahren dinglichen Rechtes aufgefaßt werden kann. Wo Letzteres möglich iſt, wäre es eine Thorheit geweſen, noch ein eigenes **Int. adipisc. poss.** zu geben, da, wie wir geſehen haben, an ein proceſſualiſch raſcheres Verfahren nicht zu denken iſt. Aber weßhalb ſoll nicht, ebenſogut wie die **recuperandae** und **retinendae poss. Interd.** proponirt ſind, **ut separata sit quaestio dominii a possessione**, der Prätor, der ſich die Regulirung der Beſitzeszuſtände angelegen ſein läßt, bisweilen auch das adi-

Digitized by Google

piscі der possessio haben anordnen können, da wo die eigentlich dingliche Klage gar nicht oder aus besonderen Gründen noch nicht eintreten darf. — Die Unerklärlichkeit, daß wo eine dingliche Klage besteht, daneben noch ein Interdict mit demselben Zwecke sollte vorhanden sein, wo wir doch einen processualischen Unterschied nicht finden können, muß uns mit Nothwendigkeit darauf führen, daß auch hier **separata quaestio proprietatis** sein sollte, indem der Prätor aus besonderen Voraussetzungen nur **de possessione** entscheiden wollte. Diese Voraussetzungen können den dasselbe Verhältniß betreffenden petitorischen Klagen durchaus ähnlich sein, aber es wird sich immer ein Punkt herausstellen, weßhalb nicht über das definitive Recht sondern nur **de possessione** entschieden werden und also jenes doch unmöglich die in Voraus zu beweisende Bedingung für die letztere sein kann. Wir müßten dies annehmen, auch wenn wir nicht im Stande wären wegen Mangels an Quellen jedes Interdict von der nahe stehenden petitorischen Klage zu unterscheiden, und nicht hieraus umgekehrt einen Grund hernehmen wollen, daß doch wohl in einer processualischen Verschiedenheit der Grund zur Aufstellung von zwei Rechtsmitteln mit demselben Zwecke läge.

Indessen sind wir auch noch keineswegs auf dem Punkte, an der Erklärung aller einzelnen **Int. adipiscendae poss.** verzweifeln zu brauchen. Einestheils ist eine solche oben für das **fraudatorium interdictum** im Verhältniß zur **Pauliana actio**, was freilich nur theilweise hieher gehört, gegeben worden. — Die Bedeutung der **Int. quem fundum** und **quam hereditatem** ist leicht zu verstehen, indem gerade, so lange über das dingliche Recht noch nicht entschieden werden kann, (der Proceß hierüber hat seinen gewöhnlichen Fortgang) die Frage **de possessione** bereits abgesondert zur Sprache kommen soll. — Ebenso klar ist das **Int. quod legatorum.** Es regulirt die Besitzesverhältnisse zwischen dem Legatar und Erben, und ist darauf gestützt, daß der Legatar sich eigenmächtig die legirten Sachen genommen habe. Deßhalb soll er erst die possessio herausgeben und dann mit der petitorischen Klage auftreten [7]).

7) Fr. 1. §. 2. quod legator. — Et continet hanc causam, ut,

Ebenso wie nun vom Legatar keine petitorischen Gründe in diesem Interdictenprocesse vorgebracht werden können, so ist dies auch von Seiten des Erben nicht möglich. Denn er fordert ja etwas, was gar nicht ihm, sondern dem Legatar gehört [8]), und es ist die Voraussetzung des Interdictes, daß seine Erbenqualität ihm vom Legatar gar nicht bestritten wird. Ist nämlich Letzteres der Fall, so muß gegen den Besitzergreifer die her. pet. angestellt werden [9]), und so kann also von keiner Seite das Interdict aus den Gränzen eines reinen Processes de possessione herausgezogen werden. — Hier ist es so recht klar, daß eine Klage über die possessio nur gegeben wird, wo petitorische Klagen nicht vorhanden sind, und daß da wo dingliche Klagen zustehen, nicht an ein Int. adipisc. poss. gedacht werden kann; weßhalb hätte man sonst nicht auch dem Legatar auf Erlangung der legirten Sache ein solches gegeben? — Hiernach bleiben nur noch als Zweifel erregend übrig das Salvianum und quor. bon. Interdictum [10]), welche denn ei-

---

quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. Etenim aequissimum Praetori visum est, unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere. Redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire.

8) Fr. 80. de legat. II. — „nunquam factum heredis."

9) Fr. 1. §. 4. quod legator. — Quia autem nonnunquam incertum est, utrum quis pro legato, an pro herede vel pro possessore possideat, bellissime Arrianus scribit, hereditatis petitionem instituendam et hoc interdictum reddendum, ut sive quis pro herede vel pro possessore possideat, petitione hereditatis teneatur, sive pro legato possideat, hoc interdicto teneatur, quemadmodum solemus facere, quoties incertum est, quae potius actio teneat; nam duas dictamus, protestati ex altera nos velle consequi, quod nos contingat.

10) Es wird allgemein anerkannt, daß das Int. sectorium und possessorium (Gai. IV. 145. 146.) dem quorum bonorum ganz analog sind, daß also was von diesem gilt, auch von jenen angenommen werden muß. — Außerdem finden wir noch ein Int. adip. poss. (quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto) von dem die Gegner (Savigny Bes. S. 592. Huschke a. a. O.

Digitized by

ner specielleren Untersuchung zu unterwerfen sind. Vorher ist noch eine Stelle zu interpretiren, die mir den hier ausgeführten allgemeinen Charakter der **adipiscendae poss. interdicta** vollkommen zu bestätigen scheint. Es ist fr. 2. §. 1. bis 3. **de Interd.**; in welcher Paulus eine allgemeine Charakteristik und Classification sämmtlicher Interdicte aufstellt. Er macht folgende Rubriken:

Interdicta competunt:

1) **vel divini juris causa aut de religione** (worunter aufgezählt werden: **ne quid in loco sacro fiat, de mortuo inferendo, de sepulcro aedificando**),

2) **vel hominum causa:**

a. **vel ad publicam utlitatem pertinentia**
b. **vel sui juris tuendi causa**
c. **vel officii tuendi causa**
d. **vel rei familiaris.**

Unter a werden gerechnet die Interdicte über die **via publica** und **de flumine publico**; unter b **de liberis exhibendis** und **de liberto exhibendo**; unter c **de homine libero exhibendo**; und dann heißt es **reliqua interdicta rei familiaris causa dantur.** Indeß ist das nur so zu verstehen, daß bei den Nummern a—c bloß einzelne Beispiele genannt sind, zu denen man leicht die übrigen dahingehörigen suppliren kann, wie z. E. bei b das **Int. de uxore exhibenda**; während unter den **Interdicta rei familiaris** nur die **Interdicta possessionis** verstanden werden, denn Paulus sagt nachher ausdrücklich: **haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae aut retinendae.**

Unter dieses System der gesammten Interdicte will nun Paulus eine Eigenheit gewisser Interdicte einschieben, welche

---

S. 388. Note 60) ausdrücklich zugeben, daß es lediglich de possessione handele. Aber es sei eine Ausnahme von der Regel. Jedenfalls haben wir nun schon drei selbständige Ausnahmen (**Int. quem fundum, quod legatorum** und das hier bemerkte) denen nur noch zwei selbständige Fälle gegenüberstehen, bei denen die Regel, wenn sie überhaupt wahr wäre, eintreten könnte.

Digitized by Google

nämlich rei persecutionem (oder proprietatis causam) enthielten. Er thut dies mit folgenden Worten:

> **Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato[11]), nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa interdicta, quae de locis sacris et de religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent; item illa de liberis exhibendis[12]), quae sui juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae[13]) interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant.**

Diese hervorgehobenen Endworte, deren Bedeutung jedenfalls bisher nicht genug beachtet worden ist, können in dreierlei Weise verstanden werden.

1) Wenn man in den Worten **ut non sit mirum** das **ut** mit „so daß" übersetzt, und es als Folgerung aus dem vorhergehenden Satze: **quae sui juris tuendi causa diximus competere** ansieht, so kommt folgender Sinn heraus: „Ich habe für die Interdicte de lib. exh. etc. eine eigene Rubrik (sui jur. tuendi caus.) gemacht, so daß man sich nicht wundern kann, daß auch einige von den **ad rem familiarem spectantia proprietatis, non possessionis causam** enthalten." Indeß wäre dies eigentlich so gut wie gar kein

---

11) Hier ist hinzuzudenken reficiendo; was wohl heutzutage Niemand bezweifeln wird. S. Huschke Studien I. S. 387 Note 58.

12) Offenbar ist hier ein „etc." hinzuzudenken, weil Paulus: „illa" sagt; also auch das vorhergenannte de liberto exhibendo und das auf gleicher Stufe stehende de uxore exhibenda (et ducenda). Paulus zählt sie unter die proprietatis causam continentia, weil hier das Familienrecht selbst bewiesen werden muß. Fr. 3. §. 1. de lib. exh. „in quos habet jus ductionis."

13) Eine Veränderung der Lesart, die Huschke a. a. O. S. 387 Note 58.) vorschlägt, scheint mir nicht nothwendig. Diese Art der Zusammenziehung für: si ea interdicta, quae . . . oder si quae interdicta eorum [redacted] . . . kommt ja häufig vor. Der Sinn wird übrigens auch [redacted] die von Huschke vorgeschlagenen Lesarten deren eine die Haloandrische ist, nicht verändert.

Digitized by Google

Sinn. Wie kann Paulus so unlogisch sein, daß er aus der Aufstellung der einen Klasse folgerte, es müsse bei der anderen Klasse ebenso sein. Weßhalb sollte er denn nicht das Gleichartige in eine einzige Klasse vereinigt haben? — Dieser Interpretation wird also wohl Niemand anhängen.

2) Man kann die Stelle auch so verstehen, daß man das „ut" ebenfalls mit „so daß" übersetzt, man es aber als eine Folgerung aus den Anfangsworten: **quaedam interdicta rei persecutionem continent** ansieht, wobei die Worte **veluti de itinere** bis **diximus competere** als parentheſenartig eingeschoben zu denken wären. Dann wäre der Sinn des Paulus der: „es giebt einzelne Interdicte, welche **rei persecutionem** „enthalten (und dafür werden nun einzelne Beispiele angeführt), „so daß man sich nicht wundern kann, daß sich diese Eigen„thümlichkeit auch in der Klasse der **ad rem familiarem perti„nentia** wiederfindet." Diese Auffassung, die jedenfalls schon viel besser ist, als die vorhergehende, scheint mir doch aus folgenden Gründen unzulässig.

Es ist nicht wohl anzunehmen, daß Paulus eine so weite Zurückbeziehung des **ut** als einer Folgerung sollte gewollt haben, während er die steife Satzverbindung so leicht hätte ändern können, wenn er mit **diximus competere** die Periode schloß, und mit **quare non est mirum** eine neue begann. — Dann aber würde der Satz: **quae sui juris tuendi causa diximus competere**, aus welchem nach dieser Interpretation das: **ut non sit mirum** die Folgerung nicht sein soll, einen völlig bedeutungslosen Zwischensatz bilden, und es wäre nicht zu begreifen, weßhalb Paulus, der doch keine unnützen Worte zu machen pflegt, hier nochmals wiederholt hätte, was er eben schon gesagt hat. Ebensogut mußte er dann auch bei den **Int. de locis sacris** und **de religiosis** wiederholen: **quae divini juris causa diximus competere**[14]). — Ferner ist die Erklärung

14) Dieser zweite Gegengrund fällt weg, wenn man mit Haloander aus dem Satze: item illa de liberis exhibendis, quae sui jur. t. c. d. compet., die Worte de liberis exhibendis herauswirft. Allein ich zweifle, ob dies zulässig sei, da sich sehr wohl diese Auslassung erklären kann (indem nämlich den Haloander jenes „il-

der Art, daß man hinter si etwa ein etiam oder dergl. zu suppliren hätte, indem Paulus sage, man dürfe sich nicht wundern, daß auch die ad rem fam. spect. proprietatis causam enthielten. Dergleichen Supplirungen sind freilich oft nothwendig, aber sie müssen weichen vor den Interpretationen, welche ohne sie die Stelle völlig genügend erklären. — Endlich kann nicht geläugnet werden, daß Paulus hier auf eine gewisse vollständige Aufzählung aller Interdicte, quae proprietatis causam continent ausgeht. Er zieht sogar die de locis sacris und de religiosis hinein, von denen er doch anerkennt, daß sie nur veluti (gleichsam) hieher gehören. Nun aber kann er doch nicht meinen, daß alle Int. adipisc. poss. auch zugleich propriet. caus. enthalten, da wir schon einzelne haben kennen lernen, bei denen dies entschieden nicht der Fall ist, an welche er auch ausdrücklich denkt [15]). Es mußte von besonderem Interesse sein, diejenigen Int. adipis. poss. auszuheben, bei denen dieser eigenthümliche Umstand vorkommt, und während nun die anderen einzeln genannt werden, soll hier Paulus mit der vagen Bemerkung „es giebt deren auch unter den ad rem fam. pertinentia" sich losgemacht haben! Ja man müßte ihm die Schuld aufbürden, daß er im Folgenden [16])

---

la" frappirte s. Note 12), während umgekehrt die unrichtige Einschiebung der Worte: de liberis exhibendis wohl Niemandem einfallen konnte.

15) Sunt etiam interdicta, ut diximus, duplicia, tam recuperandae quam adipiscendae possessionis." Hier ist also schon angedeutet, was uns jenes Endlicherſche Fragment Ulpians deutlicher sagt.

16) §. 3. Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae, aut retinendae. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem. Sunt autem interdicta adip. poss. quorum bonorum. Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus, ex hoc genere est, et quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto (s. oben Note 10. Paulus, der eben die Wichtigkeit des Unterschiedes, ob die Int. proprietatis causam enthalten oder nicht, hervorgehoben hat, sollte, nachdem er auch eben gesagt hätte, es fänden sich deren bei den adip., doch so verschiedenar-

Digitized by Google

Alles erſt recht wieder durch einander geworfen habe, indem er von den **adipiscendae** ganz ebenſo wie von den **recuperandae** und **retinendae** ſpricht, als wenn allgemein es ſich lediglich darin **de possessione** handele.

3) Alſo auch dieſe Interpretation [17]) muß verlaſſen werden; und dann bleibt nur noch ein Weg über, welcher mir der richtige zu ſein ſcheint. Danach nehmen wir die Worte **ut non sit mirum** als mit dem letztvorhergehenden Satz in Verbindung ſtehend an: **quae sui juris tuendi causa diximus competere**; was doch jedenfalls die natürlichſte Annahme iſt, — überſetzen dann aber das „**ut**“ nicht mit „ſo daß,“ ſondern durch „damit.“ Der Sinn iſt nun: „Ich habe die Interdicte **de lib. exhib. etc.** unter eine eigene Rubrik abgeſondert (**sui jur. tuendi causa**), damit man ſich nicht zu wundern habe, wenn man noch wieder unter der Rubrik **ad rem familiarem pertinentia** nicht die **possessionis interdicta**, ſondern **proprietatis causam** enthaltende zuſammengeſtellt fände? — Alſo Paulus deutet an, daß an und für ſich die Interdicte **de liber. exh., de liberto exhib.** auch mit unter die Rubrik: **ad rem familiarem pertinentia** geſtellt werden könnten, und dieß mußte Jedem gleich vor Augen treten, da es ja gerade die Interdicte für Familienverhältniſſe ſind. Indeſſen hält es Paulus für unpaſſend, dieſelben, da ſie **proprietatis causam** enthalten, mit anderen, die bloß **de possessione** handeln, unter Eine Klaſſe zuſammenzuſtellen, weil natürlich dieſe Verſchiedenheit für die ganze Geſtaltung derſelben von der größten Bedeutung iſt.

Eben deßhalb ſondert Paulus die **proprietatis causam continentia** ab, und ſtellt ſie unter eine eigene Rubrik, aus deren Faſſung ſchon dieſe Eigenthümlichkeit ſich erklären läßt.

---

tige Rechtsmittel friedlich neben einander ſtellen können!) **Recuperandae possessionis causa interdicta proponuntur sub rubrica unde vi; aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis. Sunt etiam interdicta etc.** (S. Note 15.)

17) Sie findet ſich ſchon in der Gloſſe.

Digitized by Google

Sui juris tuendi causa sind gerade diejenigen, bei denen das jus, oder die proprietatis causa in Betracht kommt. Hieraus aber geht nun von selbst hervor, daß Paulus unter den ad rem fam. pertinentia nur diejenigen zusammenstellen will, welche lediglich possessionis, nicht auch proprietatis causam enthalten; und das ists, was er in den Worten sagt, ut non sit mirum, si quae interd. ad rem fam. pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant. —

Wir müssen diesen Sinn nothwendig dem Paulus unterlegen, wenn ein gehöriger Zusammenhang in der ganzen Stelle herrschen soll. Paulus sagt zuerst: Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur. Wenn er nun im §. 3. gleich die Eintheilung ausführt, daß dies entweder adip. oder recup. oder retinendae poss. interdicta seien, so fehlt offenbar noch ein Zwischengedanke, daß er nämlich unter diesen reliqua interdicta nur die int. possessionis verstehe, ein Gedanke, der sich gar nicht so von selbst verstand. Er ist nun gerade in jenen Worten ut non sit mirum etc. ausgedrückt [18]). Erst so

18) Hiergegen muß, wie mich däucht, das Argument zurücktreten, daß „ut non" nur selten für „ut ne," oder ne vorkomme. (Scheller giebt auch dies gar nicht einmal zu, und meint geradezu, daß das „ut ne," welches sehr häufig und auch von Paulus [z. B. fr. 4. de testib.] gebraucht wird, für „ut non" stehe.) — Wir müssen gar oft zu seltneren Bedeutungen eines Wortes unsere Zuflucht nehmen, um einen völlig genügenden Zusammenhang zu erlangen. Paulus Gedankengang ist der: Er will eine genaue Sonderung der Interdicta proprietatis caus. cont. von denen, welche diese Eigenschaft nicht haben, aufstellen. Unter erstere rechnet er das Int. de it. actuq. rel., welches zugleich possessorisch ist. Aber wir sehen, daß er dessen petitorische Natur als die Hauptsache ansieht, und es ebendeßhalb gar nicht unter die interdicta possessionis oder ad rem familiarem spectantia rechnet. Wer hiervon das Gegentheil annimmt, muß freilich jedenfalls das „ut" mit „so daß" übersetzen, denn dann gäbe es ja gerade ein Interdict, welches ad rem familiarem gehörte und doch reipersecutorisch wäre. Aber dann hätte er ja offenbar gleich bei diesem Int. de it. act. den Satz ut („so daß") non sit mirum, etc.

Digitized by

knüpft sich das Folgende in völlig ungezwungener Weise an, erst so kann es erklärt werden, daß in dieser weiteren Erörterung die adipiscendae [19]) so offenbar als gleichartig mit den recuper. und retin. poss. int. behandelt werden. —

Das aus dieser Stelle gewonnene Resultat ist, sofern man es für richtig erkennt, jedenfalls von der größten Bedeutung. Wir finden hier drei Interd. adipisc. poss. genannt, von denen wir das Eine schon oben (Note 10) als ein lediglich de possessione Handelndes haben kennen lernen. Neben diesem sind gerade das Salvianum und quor. bon. Int. erwähnt, die beiden, von denen es nach unserer bisherigen Darstellung nur noch zweifelhaft blieb, ob sie mit den übrigen

---

einschieben müssen. Wie konnte er nun noch vom Int. de locis sacris, de religios. und de lib. exhib. sprechen, um dann erst mit der Folgerung zu Tage zu kommen, daß jenes Int. de it. actuque beweise, es könne unter den ad rem fam. auch proprietatis causam enthaltende geben!

Eben daraus folgt, daß wir „ut" nur durch „damit" übersetzen können, daß Paulus also unter der freilich willkührlichen Bezeichnung ad rem fam. spect. die lediglich possessionis causam enthaltenden verstanden wissen will, daß er mithin unter den proprietatis causam continentia alle zusammenfaßt, bei denen das jus in Betracht kommt, mögen sie nun nebenbei noch auf possessio gehen oder nicht. Daher macht er für diese, wo sie nicht schon unter den Gesichtspunkt des divinum jus fallen, die eigene Rubrik juris tuendi causa, und ich bin überzeugt, wenn man den Paulus gefragt hätte, wohin er denn das Int. de it. actuque ref. zähle, so würde er geantwortet haben: es liege ja schon in den Worten sui juris tuendi c., was gleichbedeutend mit propr. caus. cont. sei, daß hierunter jene Int. de itin. ebensogut gehöre, als wie etwa der Fall der aqua ex castello.

19) Paulus definirt noch einmal eigends die adip. poss. interd. als quae competunt his, qui ante non sunt nancti possessionem; also er stellt es nur auf das nancisci der possessio. Das sollte er thun können, wenn hier petitorische Rechtsmittel, von denen er eben gesprochen hat, vorlägen? —

Digitized by Google

adip. poss. int. gleichen oder verschiedenen Charakters seien. Jetzt können wir auch von ihnen annehmen, daß sie proprietatis causam nicht enthielten, daß aus ihnen also keine rei jud. exc. gegen die Serviana actio und die her. pet. hergenommen werden dürfe. Für beide ist das aber noch weiter im Einzelnen darzulegen, was freilich hier in Beziehung auf das Salvianum interdictum nur in ganz kurzen Zügen geschehen kann.

e) Das Salvianum interdictum.

§. 58. Die bekannte Stelle Marcians (fr. 5. §. 1. de pign.): inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt kann nur so verstanden werden, daß das dingliche Recht in beiden Fällen durchaus dasselbe ist, demzufolge der Gläubiger, wenn er nicht gehörig befriedigt wird, sich an die obligirte Sache halten darf, indem er sie als Stellvertreter des Schuldners verkauft, und sich aus dem Kaufpreise bezahlt macht [1]). Im Uebrigen kann man nicht läugnen, daß zwischen pignus und Hypothek noch wesentliche Verschiedenheiten bestehen. Namentlich aber folgende:

Wer seinem Schuldner nicht recht traut, wird sich ein Pfandrecht in der Weise bedingen, daß er von Anfang an im Besitz der Sache sei, damit er, sobald die Forderung fällig und nicht getilgt wird, dieselbe sogleich zum Zweck der Veräußerung zur Hand habe. Wer dagegen mehr Vertrauen in seinen Schuldner setzt, wird ihm die Sache im Besitz lassen, und sich nur das dingliche Recht ausbedingen, indem er vom debitor nicht voraussetzt, daß er durch Veräußerungen ihm die Verfolgung der Sache erschweren werde. — Wenn nun feststeht, daß in jenem Falle auch vor der Fälligkeit der Forderung der creditor die Sache mit der pignoratitia in rem actio verfolgen dürfe, weil ihm ja schon der einstweilige Besitz zugesichert worden war, so wird von der anderen Seite heut-

1) Gai. II. 64.

zutage auch vielfach daſſelbe für die **hypotheca** angenommen, wenn nämlich ein Intereſſe des Creditors vorläge, alſo wenn der **debitor** ihm durch Veräußerungen die ſpätere Verfolgung der Sache zu erſchweren ſuche [2]).

Allgemeine Rechtsgrundſätze ſcheinen mir für dieſe Anſicht durchaus nicht zu beſtehen. Von dem **creditor pignoratitius** kann man ſagen: **sibi vigilavit**; da er ſich gleich anfangs den Beſitz ausmachte, ſo kann er denſelben auch ſchon vor Fälligkeit der Forderung verlangen; allein der **hypothecarius** hat es ſich ſelbſt zu imputiren, daß er ſich nur eine **hypotheca** hat beſtellen laſſen, und ſo iſt auch kein Grund vorhanden, ihm mehr Recht zu gewähren, als er ſelbſt verlangt hat. — Indeß könnte dies im Röm. Rechte durch ſpecielle Dispoſition anders beſtimmt ſein, und in dieſer Beziehung beruft man ſich auf eine einzige Stelle, die mir aber das gerade Gegentheil zu enthalten ſcheint.

> **Fr. 14. pr. de pignorib. — Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto dandam pignoris persecutionem, quia interest mea; et ita Celsus scribit.**

Man nimmt dies Wort **pignora** ſo, als wenn damit auch die **hypotheca** gemeint ſei, was freilich ſehr häufig iſt, aber doch nie im Allgemeinen präſumirt werden kann, indem erſt aus jeder einzelnen Stelle zu entnehmen iſt, ob nicht etwa vom Fauſtpfande (**pignus** im engern Sinne) geredet werde. Wenn nun hier die Worte lauteten: **si interest mea**, ſo würde allerdings die Anſicht der Gegner bewieſen ſein. Indeß es heißt: **quia interest mea**, und man kann doch dem Ulpian nicht den abnormen Gedanken aufbürden, „**weil** darin ein Vortheil für den **creditor** liege, ſo könne jede **hypotheca** in ein **pignus** verwandelt werden.“ Von einer beſonderen Veranlaſſung, alſo dem Streben des **debitor** dem Gläubiger die Sache unzugänglich zu machen, iſt ja gar nicht die Rede. Danach läßt

---

2) S. z. B. Mühlenbruchs Ceſſion S. 526. (3. Aufl.) Pandekten II. §. 316. zu Note 6.

Digitized by Google

ſich die Stelle nur auf das pignus im engern Sinne beziehen und die Anſtellbarkeit der hypothecaria kann ſchon nach jenen allgemeinen Rechtsgrundſätzen nur von der Fälligkeit der Forderung datirt werden; dies beſtätigt ſich aber noch durch eine ausdrückliche Stelle (fr. 5. §. 1. quib. mod. pign.), worin es heißt:

> Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat, intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse [3]).

Die hypothecaria act., von der wir alſo dieſes als feſtſtehend annehmen, iſt als quasi Serviana die Ausdehnung eines ganz ſingulären Falles, durch den die hypotheca als Serviana actio überhaupt erſt ins Römiſche Recht aufgenommen wurde. Wenn nämlich einem Verpachter eines praed. rustic. wegen ſeines Pachtgeldes die invecta und illata verpfändet worden ſind, ſo iſt es freilich ſehr natürlich, daß er dieſe nicht in ſeinen Beſitz bekommen kann, da ſie, als das Inventar, dem Pachter durchaus zur Bebauung des Bodens nothwendig ſind. Dennoch wird der Pachter gar häufig in der Lage ſein, daß er ſeinem Gläubiger zur Sicherung des Pachtgeldes gar nichts Anderes gewähren kann, und von der anderen Seite iſt doch der Fall der Art, daß faſt kein äußerlich erkennbarer Unterſchied mit dem pignus vorhanden iſt. Die invecta und illata ſind gerade die Sachen, welche der Pachter zur Bebauung des Grundſtücks gebraucht, deren Natur es mit ſich bringt, dauernd auf dem Gute zu bleiben und verwandt zu werden, und zwar werden auch nur die darunter verſtanden, welche der

---

3) S. ferner l. 10. C. de pignorib. und Nov. 4. c. 2., wonach der Beſitzer der Sache ſogar zur Perſonalercuſſion berechtigt iſt. Vergl. Göſchen Vorleſungen II. 1. S. 402. Sintenis Pfandrecht. S. 559 f. — Volle Beſtätigung gewinnt dies noch dadurch, daß ſehr wahrſcheinlich die Intentio der Serviana actio ſo lautete: Si paret rem pignori obligatam, neque solutam esse pecuniam. L. 1. C. si pignoris conventionem. Fr. 13. §. 1. ad Sct. Vellej. fr. 59. pr. ad Sc. Trebell. — Vergl. Francke's civiliſt. Abhandl. S. 103 ff.

Digitized by Google

Wille des **dominus** dazu bestimmt, **ut perpetuo ibi sint** [4]). — Also es befinden sich diese Sachen freilich nicht im Besitz des Gläubigers, aber sie befinden sich doch dauernd auf einer Sache, die im Besitze des Gläubigers steht, und so findet an ihnen selbst, gleichsam als Accession des Grundstücks, ein durchaus besitzähnliches Verhältniß statt. Dies beweist sich einestheils aus dem ganz analogen Rechte des Vermiethers, der an den **inv. et ill.** ein Retentionsrecht hat, das doch zu seiner Begründung wenigstens ein besitzähnliches Verhältniß voraussetzt. Anderntheils geht es aus der feststehenden Römischen Terminologie hervor, daß diese Sachen „**pignoris nomine illata**“ seien, also gleichsam als wenn sie Faustpfänder des Gläubigers wären [5]), worin zugleich der Grund liegt, daß man auch, als später aus jedem **pactum** eine Hypothek entstand, hier doch erst, als wenn es einen **contractus re** voraussetzte, mit der Induction das Pfandverhältniß entstehen ließ [6]).

Für diesen Fall gab nun der Prätor **Servius** jene Klage, welche dann die Veranlassung zur allgemeinen **hypothecaria actio** wurde. Mag nun dadurch auch erst, wie Viele glauben, das **pignus** zu einem dinglichen Rechte erhoben sein, oder mag dies schon früher bestanden haben, so ist doch jedenfalls sicher, daß die **Serviana actio** als ein Mittelfall durchaus zwischen dem **pignus** und der **hypotheca** steht. Sie gehört streng juristisch zur Hypothek, da ein wahrer Besitz des Gläubigers nicht vorhanden ist, aber factisch ist es sehr viel mehr dem **pignus** gleich, indem der Gläubiger sich an Sachen soll halten dürfen, welche auf der von ihm besessenen Sache dauernd zu bleiben bestimmt sind. Ihrem juristischen Charakter gemäß, können wir nun nicht annehmen, daß die **Serviana actio** vor Fälligkeit der Pachtforderung angestellt werden dürfe. Aber sollen wir annehmen, daß die Römer auf jenen factischen Cha-

---

4) **Fr. 7. §. 1. in quib. caus. pign. — Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint, quod magis est.**

5) **Fr. 1. §. 5. de migr. fr. 1. de Salv. interd.**

6) **Fr. 11. §. 2. qui potiores.**

Digitized by Google

rakter nicht auch in so weit Gewicht legten, daß sie bereits vor Fälligkeit der Forderung den bestehenden besitzähnlichen Zustand schützten, welcher gleichmäßig dem Willen des Pachters und der Natur der Sachen entspricht?

Bei den in ein **praedium urbanum** invehirten Sachen haben sie jedenfalls diesen Schutz dem Vermiether zuerkannt, indem dieser das schon erwähnte Retentionsrecht hat [7]). Sollten die Römer nun ihr Recht unvollständig gelassen, und während sie dem Vermiether Schutz gewähren, dem Verpachter denselben versagt haben? Das scheint nicht denkbar, da doch der Fall so nahe liegt, daß sie unmöglich ihn ganz vergessen konnten. — Ein Retentionsrecht konnte freilich dem Verpachter nichts helfen, da er nicht sein offenes **praedium rusticum** zu verschließen vermag, wie es der Vermiether seines Hauses kann, um den **debitor** an der Hinwegbringung der **inv. et ill.** zu hindern. Danach mußte ihm freilich ein anderes Rechtsmittel gewährt werden, das aber doch durchaus denselben Grund hat, als das Retentionsrecht des Vermiethers.

Dies, glaube ich, ist das **Salv. Interdictum.** Ebensogut nämlich wie dem Verpachter ein Retentionsrecht nicht helfen kann, hat er auch dadurch keine Sicherheit, daß vielleicht nur der frühere besitzähnliche Zustand wieder hergestellt würde, indem dem Schuldner, nach Wegbringung der Sachen, welche dauernd auf dem Grundstücke bleiben sollten, nicht mehr getraut werden kann, daß er sie nicht in jedem Augenblick wieder wegzubringen versuchen würde. Was ist also natürlicher, als daß hier der Prätor sich interponirt, nicht bloß zur Wiederherstellung des früheren Zustandes, sondern daß er dem Verpachter das Recht der Besitzeserlangung giebt, weil ihm nur dadurch wahre Sicherheit gewährt sein kann.

Wir finden hier eine Lücke im Römischen Recht, von der es merkwürdig wäre, wenn man sie nicht ausgefüllt hätte. Wir finden ferner ein Rechtsmittel, dessen geringe uns aufbewahrte Quellenzeugnisse vollkommen in diese Lücke hineinpassen. Wir finden es in unseren Pandekten neben das **Int. de**

---

7) **Fr. 9. in quib. caus. pign. tac.**

Digitized by Google

migrando gestellt, was uns sehr natürlich darauf führt, daß beide auch in einem inneren Zusammenhange gestanden haben mögen. —

Ich muß es mir hier versagen, durchzuführen, wie sehr der angegebene Gedanke mit den einzelnen Aussprüchen der Quellen zusammenstimmt, wie ferner aus einer historischen Entwicklung des Pfandrechts bedeutende Gründe für dessen Richtigkeit entnommen werden können. Das Gesagte mußte hier nur seinen Platz finden um zu zeigen, daß, wenn wir aus den bisherigen allgemeinen Gründen entnehmen, das **Salv. Int.** habe wie alle **adipisc. poss.** nur **de possessione** gehandelt, sich auch wirklich seine von der **Serv. act.** ganz getrennte Gestalt sehr wohl denken lasse. Indem wir nämlich annehmen, daß vor Fälligkeit der Forderung die **Serv. act.** nicht angestellt werden konnte, und daß gerade bis dahin das **Int. Salv.** zustand, so versteht sich von selbst, daß in Letzterem über das Pfandrecht noch nicht entschieden werden konnte. Und in der That scheint mir nach den wiederholten Aeußerungen Julians in **fr. 1. de Salv. Int.** kaum ein Zweifel übrig zu bleiben, daß der Beweis des Klägers im Interdictsproceß nur darauf ging: **rem pignoris nomine inductam esse**, welches, wie wir entschieden sehen, die Römer noch genau von der Frage: **rem pignoris nomine teneri** trennen [8]).

Schließlich möge hier nur noch die Stelle angegeben werden, welche mich auf diese ganze Ansicht zuerst geführt hat. Gaius **IV. 147** sagt:

> **Int. quoque quod appellatur Salvianum apiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.**

Es kann doch jedenfalls die Stelle so verstanden werden, daß das Interdict jetzt schon auf Erlangung der Sachen gehe

---

8) **Fr. 1. §. 5. de migrando.** — **Proinde etsi aliena sint, et sint talia, quae pignoris nomine teneri non potuerint, pignoris tamen nomine introducta sint, interdicto huic locus erit; quodsi nec pignoris nomine inducta sint, nec retineri poterunt a locatore.**

Digitized by Google

(utitur), welche erſt dereinſt, nach Fälligkeit der Forderung ihm als pignus dienen werden (pignori futuras).

f) Das Quorum bonorum interdictum.

§. 59. Wir können jetzt nach einer längeren Digreſſion zu unſerem der p. b. angehörigen Interdicte zurückkehren. Die gegebene Argumentation läßt ſich kurz in drei Punkte zuſammenfaſſen:

1) ſo verſchiedenen Lehren auch die adipiscendae poss. int. angehören, ſo iſt doch ſchon aus ihrem Namen anzunehmen, und für alle, außer dem quor. bon. mit mehr oder weniger Beſtimmtheit nachgewieſen, daß ſie nur de possessione handeln; und ſo kann auch für jenes keine Ausnahme anerkannt werden, da unſere Quellen es als durchaus gleichartig mit den übrigen adipiscendae poss. zuſammenſtellen.

2) Ein ausdrückliches Quellenzeugniß haben wir dafür in den Worten des Paulus gefunden, und

3) ſtimmt dies mit der allgemeinen Theorie der Interdicte überein, welche nur da vorkommen, wo keine actiones möglich ſind, indem namentlich adipiscendae possessionis Interdicta nur da eintreten, wo nicht ſchon petitoriſche actiones mittelbar auch die Erlangung des Beſitzes gewähren, ſo daß es ſich von ſelbſt erklärt, daß es nur lauter ſinguläre, den verſchiedenſten Inſtituten angehörigen Fälle ſein können.

So ſind wir denn von der Interdictenlehre aus zu denſelben Reſultaten über das quorum bon. Int. gelangt, welche uns in den §§. 49 und 50. die allgemeinen Principien der b. p. gewährten. Dieſen Beweiſen ſind nun noch andere hinzuzufügen, in denen zugleich, was über dieſes Interdict noch zu bemerken iſt, ſeine Erwähnung finden wird.

1) Zuerſt müſſen hier die Worte von Gaius angeführt werden (IV. 144.)

> Apiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bon. possessori, cujus principium est quorum bonorum, ejusque vis et potestas haec est,

Digitized by Google

ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bon. poss. data est, restituatur. pro herede autem possidere videtur, tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse, pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet. ideo autem adipiscendae possessionis vocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem, itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei interdictum utile esse.

Gaius ſagt hier, das Interdict diene dazu, den Beſitz der Sachen von dem pro herede possessor zu erlangen, und darunter wird ausdrücklich auch der gerechnet, welcher in Wahrheit heres iſt. Alſo dieſer muß die Sachen herausgeben trotz ſeines Erbrechtes. Wie kann es aber klarer geſagt ſein, daß das Int. quor. bon. auf ganz anderer Grundlage ruht, als die her. pet.? Letztere kann bekanntlich gegen einen wahren Erben nicht mit Erfolg angeſtellt werden, alſo wenn man bei ihr ſagt, ſie ſei gegen den pro herede possessor gerichtet, ſo iſt damit nur der, qui putat se heredem esse, gemeint [1]). Indem wir nun das Int. quor. bon. auch gegen den qui heres est Erfolg haben ſehen, ſo folgt daraus, daß er ſich in dem Interdictenproceß auf ſein Erbrecht gar nicht berufen kann, mithin daß es ſich hierin lediglich de possessione handeln muß.

Man kann dieſer Argumentation auch nicht durch folgende Ausflucht entgehen wollen. Gaius meine hier unter dem qui heres est nur den, gegen welchen die b. p. cum re iſt, (alſo z. B. den scriptus heres gegen den c. t. b. possessor), nicht aber den, welchem gegenüber die b. p. ſelbſt zur sine re wird. Nach unſerer obigen Darſtellung kann die b. p. nur durch Anſtellung der her. pet. zur sine re werden, und dieſen Anſpruch auf die Beklagtenrolle kann dem b. possessor Nie-

1) Fr. 11. pr. de her. pet.

Digitized by Google

mand nehmen. Der **heres**, welcher ihm das Vermögen, (die **res**) abfordern darf, ist, so lange er die Klage nicht angestellt, durchaus dem gleich zu achten, welcher die **her. pet.** gegen den **b. possessor** nicht durchsetzen soll. Also die Pflicht zur Herausgabe der **possessio** ist beiden dieselbe, wie ja denn auch dem Gaius eine gar arge Undeutlichkeit zu Schulden käme, wenn er ganz allgemein sagte: **is qui heres est**, und doch nur den **heres** meinte, der dem **b. possessor** in der Prätorischen Rangordnung nachsteht [2]).

Und was ist nach dem Principe, das der Prätor bei Einführung der **b. p.** vor Augen hatte, natürlicher, ich möchte sagen selbstverständiger? Man wollte so rasch als möglich einen Repräsentanten der **bona** haben, der die Creditoren befriedigte, der aber, wenn das möglich sein soll, doch nothwendig auch so schnell es irgend gehen will, das körperliche hinterlassene Vermögen in die Hand bekommen muß, indem er daraus am ersten die Creditoren bezahlt machen kann. Mit Recht also muß ihn der wahre Erbe nicht bei Einforderungen dieser Sachen durch Behauptungen seines Erbrechtes aufhalten dürfen, da hier ja immer eine Nachlässigkeit von seiner Seite vorliegt, indem er nicht die ihm früher angebotene **b. p.** agnoscirt hat. Daß er dafür, um des Interesses der Creditoren willen, die geringe Strafe der einstweiligen Herausgabe des Besitzes dulde, ist durchaus angemessen. Materiellen Nachtheil kann er ja alsbald durch Anstellung der **her. pet.** abwenden.

Das ist der Sinn jener bekannten **l. 22. Th. C. quorum appellat. (XI. 36).** worin es heißt:

> **In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.**

Der Gedanke ist, daß dasjenige, was seiner inneren Natur nach eine rasche Beendigung bezwecke, nun auch äußerlich im Proceßgange nicht aufgehalten werden solle. Also eine

---

2) Daß es im §. 3. J. de Interd. bloß heißt: **pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse**, kann unmöglich zufällig sein. Indeß ist hier noch nicht der Ort dies weiter zu verfolgen.

Digitized by Google

Beziehung auf eine schon frühere Summarietät der Interdicte ist nicht allein nicht nöthig, sondern geradezu nicht passend, indem jetzt erst die Summarietät eingeführt wird. Das **Int. quor. bon.**, ist wie die ganze **b. p.**, **beneficio celeritatis** eingeführt worden [3]), und gerade deßhalb läßt man es bloß auf die **quaestio possessionis** gerichtet sein, und verweist alle Fragen über das materielle Erbrecht in die Verhandlung über die **her. pet.**

Die Frage über die **possessio** aber wurde freilich vollständig im Interdictenproceß abgehandelt, und man begnügte sich hier keineswegs mit Bescheinigungen, aus denen man wieder die Summarietät hat ableiten wollen [4]).

Die Frage freilich, ob überhaupt eine **b. p.** agnoscirt worden sei, kann nicht wohl ein Beweisverfahren vor dem **judex** veranlaßt haben (§. 47. Note 4), denn da ja auch die Beurtheilung, ob die Voraussetzungen zur Agnition einer **b. p.** vorhanden seien, nie einem **judex** überlassen wurde, so ist die Gewährung von Klagen in Folge einer ertheilten **b. p.** im Grunde noch eine und dieselbe Thätigkeit, die denn auch meistens der Ertheilung selbst sehr bald nachgefolgt sein wird [5]). Ebenso ist vom Gebiete des Beweisverfahrens vor dem **judex** auszuschließen, was wir früher als die bedingenden Beweise entwickelt haben (s. §. 29 ff.). So z. B. konnte nicht mehr davon die Rede sein, ob das Testament sieben Siegel habe, ob der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei, denn alle diese Punkte waren schon vor der Ertheilung der **b. p.** abgemacht.

---

3) Es ist dies also eine ganz ähnliche Stelle als fr. 1. pr. de succ. ed. — ne bona sine domino diutius jacerent; creditoribus longior mora fieret. — ut maturius possint creditores scire. — §. 8. J. de b. p. — ne actiones creditorum differrentur.

4) Mayer Erbrecht I. S. 404 ff.

5) So z. B. scheint es mir nicht denkbar, daß bei dem **Int. ne vis fiat ei, qui in poss.** noch erst eine Beweisführung hätte vorkommen können, ob überhaupt eine missio ertheilt sei. — Dergleichen gehört zu sehr in die Frage über Zulässigkeit des Interdicts, als daß sie nicht der Prätor selbst hätte beurtheilen müssen. (s. §. 54. Note 9.)

Digitized by Google

Was dagegen in den Kreis der vernichtenden Beweise schlägt (z. B. Unterschiebung eines Kindes, cap. dim. eines Agnaten, oder das zu erwartende Erscheinen eines postumus (s. §. 33. am Ende) konnte vom Beklagten im Interdictenproceß zur Sprache gebracht werden, indem durch deren Nachweisung die b. p. als non data angesehen wurde. Dem ist gleichzuachten die Behauptung des Bekl., daß ihm bereits eine frühere b. p. gegeben sei, indem dadurch jede weitere, etwa von einem späteren Prätor irrthümlich gewährte b. p. unzulässig wird. Das Alles ist wahrhaft Gegenstand des Beweisverfahrens vor dem judex [6]), aber freilich liegt hier die Beweislast dem Beklagten ob.

Dieser Klasse von Beweispunkten steht die andere gegenüber, welche sich darauf bezieht, daß die eingeforderten Sachen mortis tempore im Besitze des Erblassers gewesen seien, was die nothwendige Voraussetzung ist, damit der Bekl. als pro herede oder pro possessore possessor aufgefaßt werden könne. Hier liegt die Beweislast lediglich dem Kläger ob, wie wohl Niemand bezweifeln wird.

Wir können beide Beweisklassen genau in einem Rescripte des Diocletian (l. 2. C. quor. bon.) wiedererkennen.

> Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, — quae cum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti quor. bon. tenorem, ab iis, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierent possidere, tib rector provinciae restitui efficiet.

Die b. p. muß recte petita [7]), oder wie das noch weiter erklärt wird, das negotium muß integrum sein. Und gerade

---

6) Also in dieser Weise kann auch die Frage über Ertheilung einer b. p. darunter gehören. Obgleich es auch möglich ist, daß eine solche Behauptnng einer dem Bekl. schon früher ertheilten b. p. gleich vom Prätor untersucht wurde. Leider lassen uns die Quellen hier gar zu offenes Feld, das wir nun mit Vermuthungen ausfüllen müssen.

7) Die Beziehung des recte auf quaesisti, so daß das Komma vor pe-

Digitized by Google

dieſe nochmalige Hervorhebung deutet darauf, daß wohl vom Beklagten Gründe, nach denen die b. p. als **non data** erſchiene, vorgebracht worden waren. Aus dieſer Stelle ableiten zu wollen, daß dem Kläger die Beweislaſt der **recte petita** b. p. obliege ſcheint mir durch Nichts begründet, und ſo dürfen wir bei unſerer früheren Argumentation über die vernichtenden Beweiſe verbleiben. — Als das andere Erforderniß des Interdicts iſt angegeben, daß die geforderten Sachen **cum moreretur ejus fuerunt.** Auch hier iſt über die Beweislaſt Nichts geſagt, und eben deßhalb müſſen wir ſie nach den allgemeinen Regeln auf den Kläger ſtellen. Indeß darf das nicht ſo eng gefaßt werden, als wenn nur die Sachen gemeint wären, welche im Eigenthum des Erblaſſers ſtanden, wie die Worte **ejus fuerunt** zu ſagen ſcheinen. Eine andere Stelle ſagt uns ausdrücklich, daß es hier nur auf die **possessio** des Erblaſſers ankomme, die Frage **de proprietate** aber völlig auszuſcheiden ſei [8]).

Hiernach ſehen wir, daß das Interdict allerdings **celeritatis causa inventum est,** indem man die ganze Verhandlung rein auf die **possessio** concentrirte, aber innerhalb dieſer Frage über die **possessio** haben wir doch gar keinen Grund nur an eine Beſcheinigung, nicht an eine ſtrenge Beweisführung zu denken. Dies wird auch durch eine bekannte Stelle beſtätigt, welche freilich wohl noch anders interpretirt werden muß, als dies bisher geſchehen iſt [9]).

---

tita zu ſetzen wäre (Mayer a. a. O. S. 413), ſcheint mir doch zu gezwungen; die Worte **ac negotium integrum est** erläutern gerade noch weiter das Vorangehende, indem die b. p. **integra** (recte petita) ſein muß. — Uebrigens laſſen ſich die letzteren Worte auch ſo verſtehen, wie man den Ausdruck **res integra** nimmt, indem die Kaiſer vorausſetzten, daß die **corpora hereditaria** noch vorhanden ſeien, weil nur darauf das Interdict gerichtet iſt. Aber dabei wäre doch das Wort **negotium** merkwürdig.

8) **L. un. pr. Th. C. quor. bon. (IV. 21.) — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quid possit tribui de proprietate luctamen!**

9) S. Savigny Zeitſchrift VI. S. 259, welcher der Erklärung des Eu-

Digitized by Google

L. 1. C. quor. bon. (Severus et Ant.) — Hereditatem ejus, quem patrem tuum fuisse dicis, petiturus, judicibus qui super ea re cognituri erunt, de fide intentionis allega. Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

Zuerſt fragt ſich, ob hier in den Worten **ad hereditatem vel** eine Interpolation vorliege, wie Mayer a. a. O. S. 417 behauptet. Er ſtützt dies dadurch, daß zu Severus Zeit noch nie Jemand aus der bloßen **hereditas** zum **Interdictum quor. bon.** berechtigt worden ſei, und ſo müſſe jeder Verſuch die Stelle mit dem gleichzeitigen Rechte in Einklang zu bringen, an dem klaren und einfachen Wortlaut ſcheitern. — Indeß bleibt es dabei doch höchſt problematiſch, ob die Compilatoren dieſe Interpolation vorgenommen hätten, an die wir immer erſt zuletzt denken dürfen, wenn wir die Stelle gar nicht anders erklären können. Dieſe Erklärung aber wird durch Folgendes, wie mir ſcheint, ſehr einfach an die Hand gegeben.

Der Kaiſer ſchreibt in dieſem Reſcripte der Partei vor, ſie ſolle beſtimmte Beweiſe erbringen. Dies leitet er mit den Worten ein: **quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti.** Alſo daß dieſe b. p. agnoſcirt ſei, ſteht feſt, aber dieß ſoll dem Kläger nicht genügen; wie kann nun der Kaiſer ſagen: „obgleich es feſtſteht, daß Du b. p. agnoſcirt haſt, ſo ſollſt Du dennoch dieſe Agnition beweiſen!“ Es muß alſo in den Worten: **et ad hereditatem vel bon. poss. admissum probaveris** wohl ganz etwas Anderes, als der Beweis der ge-

---

jacius folgt. Danach ſoll in den Worten: **hereditatem petiturus** eine Hindeutung auf die her. pet. poss. liegen. Aber wie könnte dann gleich darauf ſo ganz ex abrupto vom Interdict die Rede ſein? Daß aber mit dieſen Worten auch ganz allgemein die Einforderung der Erbſchaft gerade mittelſt des Interdicts gemeint ſein könne, wird Niemand läugnen wollen, und dann ſcheint mir die folgende Erklärung befriedigender zu ſein.

Digitized by Google

schehenen Agnition gemeint sein. Und das geht aus Folgendem hervor. Es ist hier von der c. t. b. p. die Rede, welche wenn sie vom filius emancipatus erbeten wurde, wahre c. t. ist, wogegen der filius suus, der sie agnoscirt, sich ihren Regeln gar nicht unterwirft, und sobald nur feststeht, daß er präterirt und suus sei, die hereditas gleich ipso jure ab intestato bekommt, so daß die von ihm erbetene b. p. nur als unde liberi angesehen werden kann, woraus ihm denn natürlich auch das Int. quor. bon. zusteht [10]). Auf diesen Unterschied mußten nothwendig die Kaiser Rücksicht nehmen. Daß der Kläger praeteritus sei, constatirte sich aus einer einfachen Inspection des Testamentes, daß die b. p. agnoscirt sei, stand ebenfalls fest, da überhaupt ein Interdict erlassen worden. Es blieb also nur der Beweis übrig, daß er ein filius defuncti sei, und zwar ein suus oder emancipatus; indem nur daraus hervorging, ob er hereditatem habiturus sit suo jure oder ein Recht auf die wahre c. t. b. p. (als emancipatus) habe. Diesen Beweis befiehlt nun der Kaiser und keinen anderen noch außerdem; die Worte et („und also") ad her. vel b. p. admissum probaveris sind die daraus hervorgehende Folgerung, wodurch zugleich angedeutet wird, daß der Beweis nicht bloß auf die Sohnesqualität gehen soll, sondern auch darauf, ob er suus oder emancipitus sei. — Daß der Kaiser nur einen einzigen Beweis fordert, geht auch aus dem ersten Satz hervor, worin geradezu gesagt wird, wenn er behaupte, der Verstorbene sei sein Vater, so müsse er dies beweisen. Der zweite Satz ist hievon nur die weitere Ausführung.

Unsere Stelle ergiebt also, daß über die Ertheilung der b. p. nicht noch ein Beweisverfahren im Interdictenproceß Statt fand. Das andere Resultat aber, daß nämlich der Kläger seine Sohnesqualität darthun muß, könnte mit dem vor-

---

10) Fr. 15. pr. de legat. praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi c. t. b. p. petierit, quia et non petita b. p. intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli huic noceat, et absurdum est eum cogi legata praestare, quia b. p. petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.

Digitized by Google

her von uns Gesagten in Widerspruch zu stehen scheinen (s. Seite 387). Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist oben (§. 33. ad Note 8) entwickelt worden, daß die Nachweisung, man sei **suus** (oder **emancipatus**) des Erblassers zu den bedingenden Beweisen der **b. p.** gehöre. Daß dies gleich vor Ertheilung der **b. p.** darzuthun war, mußte offenbar als das einfachste erscheinen, weil aus der **b. p.** nicht bloß das **Int. quor. bon.**, sondern auch die **fictitiae actiones** hervorgehen, also überhaupt eine Reihe von Processen, in denen immer wieder jener Beweis hätte geliefert werden müssen, was zu großer Verweitläuftigung, und auf den Fall, daß hier etwa die verschiedenen **judices** verschieden urtheilten, zu großen Verwicklungen hätte führen können. War dagegen jener Beweis schon vorausgenommen, so konnte in allen einzelnen Processen nun darauf verwiesen werden. Und das müssen wir auch wohl noch im Zeitalter des Severus als die Regel anerkennen. — Dagegen ist dies ja durchaus nichts, was in so formelle Regeln eingeschlossen gewesen wäre, daß nicht der Prätor, wo es geeignet schien, davon hätte abweichen können. Wenn Jemand aus entfernten Gegenden nach Rom kam, oder einstweilen nur einen Stellvertreter senden konnte, um die Frist der **b. p.** nicht ablaufen zu lassen, wenn er aber seine Beweise, daß er **filius** des Verstorbenen sei, noch nicht beibringen konnte, und sie nachzuliefern versprach, so ist es undenkbar, daß ihm der Prätor die **b. p.** verweigert habe. Und daher mußte natürlich im ersten vom **b. possessor** angestellten Proceß, was meist das Interdict sein wird, dieser Beweis prästirt werden. Jedenfalls ruht hier also die Beweislast auf dem Kläger, und das stimmt mit unserer Stelle vollkommen überein. Ja sie gewährt noch das Argument, daß hiedurch unser Rescript aus dem Bereich der Trivialitäten, welche es scheinbar enthält, gehoben wird. Wenn Jemand behauptet, er sei **filius defuncti**, so versteht sich eigentlich von selbst, daß er das beweisen muß, und man brauchte darum nicht erst noch an den Kaiser zu gehen. Aber man sieht, der Kläger stützt sich darauf, es stehe fest, daß ihm die **b. p.** gewährt worden (**quamvis enim b. p. ut praeteritus agnovisti**) und behauptet danach, er brauche nichts weiter zu beweisen, was darauf deutet, daß

Digitized by Google

in den gewöhnlichen Fällen dies sich allerdings so gestaltete, weil jener bedingende Beweis schon vor Ertheilung der b. p. geliefert war. Hier hatte das nun nicht Statt gefunden [11]) und so ruft ihm der Kaiser die allbekannte Beweisregel zu, „da ß, was man behauptet, auch dargethan werden muß." Es verstehe sich also von selbst, daß er seine Sohnesqualität jetzt im Interdictenproceß nachzuweisen habe.

Diese Erklärung scheint mir weit annehmbarer, als daß man die Frage in das Gebiet der vernichtenden Beweise hinüberspielt, wonach der Beklagte positiv die Unterschiebung des Sohnes behauptet hätte, nachdem dieser im Allgemeinen bereits dargethan, man habe ihn bisher für den Sohn gehalten, — daß man nun hier den Beklagten als **missus in possessionem** voraussetzt [12]), welcher dadurch die ihn eigentlich treffende Beweislast der Unterschiebung wieder auf der Kläger wälzte [13]). Indessen ließe sich der Fall so immer noch denken. Wenn aber Mayer ganz allgemein sagt, erst durch die ertheilte **missio** werde es veranlaßt, daß der **b. possessor** sein Recht auf die b p. darthun müsse, während sonst die Nachweisung der **datio b. possessionis** genügt hätte, so muß ich mich entschieden dagegen verwahren, und glaube im Bisherigen die Widerlegung bereits gegeben zu haben. Die Ertheilung der **missio** soll hier der eigentliche Entscheidungsgrund des Kaisers sein, und doch ist davon in der Stelle gar keine Spur, die doch gewiß zu finden wäre, trotz dem, daß es ein Rescript ist. Wir können uns also jeden beliebigen **possessor** als den Beklagten denken.

§. 60. 2) Da wir aus Gaius sehen, daß das **Int. quor. bon.** auch gegen den **qui hères est** angestellt werden kann, so läßt sich noch durch eine andere Argumentation beweisen,

---

11) Es leuchtet ein, daß man auch in jener l. 2. C. quor. bon. das: recte petita bon. possessione in ähnlicher Weise auf einen erst im Interdictsproceß zu leistenden bedingenden Beweis beziehen kann, wenn man diese Interpretation für passender hält.

12) L. 2. C. de ed. divi Hadr. toll.

13) Mayer a. a. O. S. 409.

Digitized by Google

daß dabei nicht in Form einer Einrede über das definitive Erbrecht entschieden werden konnte. — Die her. pet. war eine Klage, die der Competenz des Centumviralgerichtshofes angehörte, und Justinian sagt von ihr in l. 12. C. de her. pet.:

> Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis judicii non patiebatur per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi [1]).

Das Interdict ist ein Prätorischer Befehl, welcher ursprünglich am Ende der extraordinaria cognitio erlassen wurde, und der auch, als man später den exitus interdictorum an judices übertrug, doch noch immer der eigentliche Kern des Processes ist, indem die judices ihre Thätigkeit ganz aus jenem Befehle abzuleiten haben. Es scheint mir nicht denkbar, daß man durch diese tramites eines magistratischen decretum jene regelmäßige via hereditatis petitionis hätte umgehen können.

Es war der allgemeine Satz des Römischen Rechtes, daß eine major quaestio nicht incidenter in einer minor causa abgehandelt werden dürfe, so daß letztere, wenn sie ohne jene nicht entschieden werden konnte, zu sistiren war, während sie, sobald eine Verhandlung ohne praejudicium für die major causa sich denken ließ, überhaupt nicht weiter aufgehalten werden konnte [2]). Wenn es nun feststeht, daß über das Erbrecht, die her. pet, nur von den Centumvirn entschieden werden kann, so ist es dabei freilich nicht unzulässig, daß der Prätor zur einstweiligen Regulirung der Erbschafts-Angelegenheiten Verfügungen treffen darf, aber dennoch dürfen sie jenem Proceß, der jedenfalls die major quaestio enthält, nicht präjudiciren. Die Rechtsmittel, die der Prätor gewährt, hätten also entweder bis Anstellung der her. pet. sistirt werden müssen, dann aber wäre der ganze Zweck der b. p. weggefallen, oder sie konnten nur interimistische Rechtsmittel sein, mithin sich nur auf possessio beziehen, soweit sie eine Einforderung der Erbschaftssachen enthielten. Man kann also auch nicht daran denken, daß das Int. quor. bon. bis zur her. pet. sistirt worden wäre, noch daß die Römer es für unnütze

1) Fr. 5. §. 2. Fr. 25. §. 17. de her. pet. Fr. 13. de except.
2) Vergl. meine Commentatio de praejudiciis. (1840.) p. 7. ff.

Digitized by Google

Weitläuftigkeit gehalten hätten, den b. possessor erſt mit dem Interdict einfordern zu laſſen, was er dann in Folge der her. pet. wieder herausgeben müſſe. Wo ſonſt die juriſtiſchen Principien untergehen würden, ſcheuen ſie auch die Weitläuftigkeiten nicht, und außerdem waren dieſe dem heres gemachten Weitläuftigkeiten ganz nach dem Sinn des Prätors, damit ſoviel wie möglich die Furcht vor denſelben den heres zur Agnition der b. p. treiben mögte [3]).

Alſo auch hieraus geht hervor, daß das Int. quor. bon. rein de possessione gehandelt haben muß. Der Fall kann daher auch ſo gedacht werden, daß der wahre heres die b. p. agnoscirt hat, und mit dem Interdicte klagt. Wir müſſen nothwendig annehmen, daß er nachher noch immer die her. pet. anſtellen kann, weil im Interdicte noch gar nicht von ſeinem Civilrechte die Rede war, und ihm alſo daraus weder eine exceptio praejudicialis noch rei judicatae gegen jene Klage entnommen werden kann. Dies beſtätigt ausdrücklich fr. 14. §. 3. de re jud.:

> Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

Man hat aus dieſer Stelle den Beweis hernehmen wollen, die Int. adip. poss. handelten nur de possessione; das aber thut ſie freilich nicht dar. Man muß dies erſt auf andere Weiſe ermittelt haben, um von ihr Gebrauch zu machen.

So muß denn hier auch noch eine andere vielbeſprochene Stelle angegeben werden, die zu demſelben Beweiſe benutzt worden iſt, ohne doch nach unſerer Anſicht irgend dazu dienen zu können [4]). Es iſt darin die Rede von den Behauptungen

---

3) Daß der heres gleich bei der Herausgabe an den p. possessor eine satisdatio wegen dereinſtiger Reſtitution verlangen konnte, iſt damit nicht ausgeſchloſſen.

4) L. un §. 1 u. 2 Th. C. quor. bon. (vergl. 59 Note 8). Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis superstitibus consanguineis esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut omnibus frustrationi-

Digitized by Google

des Beklagten, wonach ihm das Eigenthum an Sachen zustehe, welche er nach dem Tode des Erblassers eigenmächtig in Besitz genommen hat. Wir haben aber oben weiter ausgeführt (§. 50. ad Note 11), wie dergleichen auch gegen die her. pet. nicht geltend gemacht werden darf, da auch dem heres der Anspruch auf die Beklagtenrolle nicht zu nehmen ist, welche in solchem Falle dem Erblasser zugestanden haben würde.

3) Unsere umfassende Beweisführung von §. 49 an hat das Interdict von den verschiedensten Seiten aus beleuchtet, und wir sind auf Wegen, wie sie bisher noch nicht in dieser Weise gebahnt worden sind, immer gleichmäßig zu denselben Resultaten gelangt, daß es in Zweck und Gegenstand von der her. pet. verschieden sei, daß es sich nur auf die possessio beziehe, ebendeßhalb auch nur auf die corpora hereditaria, auf diese aber als Universalklage gehe. Wir stehen am Ende. Nur in Beziehung auf die Nebenbestimmungen unseres Interdictes ist zuletzt noch die Verschiedenheit zusammenzustellen, welche auch hier der her. pet. entgegentritt. Freilich hat das Meiste davon schon im Voraufgehenden seine eigentliche Begründung erhalten müssen.

Das Interdict befiehlt nicht bloß zu restituiren, was der Bekl. pro herede oder pro possessore noch von den corpora besitzt, sondern auch was er dolo malo fecit, ut desineret possidere [5]). Es sind im §. 50. Note 17 Beispiele angegeben, bei denen entschieden oder wenigstens wahrscheinlich dieselbe Bestimmung nicht erst aus der her. pet., also dem Hadrianschen Sct. abgeleitet ist. Daß es bei unserem Interdicte ebenso sei, beweist sich daraus, daß aus diesem Sct. noch ein anderer ganz ähnlicher Punkt abgeleitet wurde, den man, wenn hier eine Uebertragung Statt gefunden hätte,

---

bus amputatis, in petitorem corpora transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa. L. 3. J. C. quor. bon.

5) Mit dem Interdict unter diesem Gesichtspunkt concurrirt auch die act. ad. exhib. fr. 28. 29. 30 de furtis, und wie es nach diesen Stellen scheinen mögte, auch die furti act., was aber nach fr. 2. §. 1. u. fr. 6. expil. her. unzulässig ist.

Digitized by Google

und wenn überhaupt das Interdict ein petitorisches Rechtsmittel wäre, gewiß nicht vergessen haben würde [6]).

Ferner geht aber das Interdict auch gegen den **qui pro herede vel pro possessore possideret si nihil usucaptum esset.** Daß dies ebenfalls bereits von Anfang an bestanden und gerade der **her. pet.** zum Vorbild gedient habe, ist im §. 21. weitläuftiger entwickelt. Hier ist nur noch das hinzuzufügen, daß im Interdicte, da es nur **de possessione** handelt, auch diese auf **pro herede usucapio** gestützte **exceptio dominii** ausgeschlossen sein mußte, während sie allerdings gegen die **her. pet.** wie sich von selbst versteht, vorgebracht werden konnte. Es war also nur noch die Frage, ob der Usucapient die Sache, welche er ersessen, dann mit der **secundaria proprietatis actio** zurückfordern konnte. Aber es scheint mir sehr natürlich, daß der Prätor, ebenso gut wie er die auf Usucapion gestützte **exc. justi dominii** nur **causa cognita** giebt [7]), es ebenso auch mit der Klage gemacht haben wird, und da es hier sich um eine Usucapion handelt, die nur noch nutzlos im Civilrecht fortbestand, kein Bedenken zu tragen brauchte, dieselbe zu rescindiren, also auch eine darauf gebaute Vindication nicht zu gestatten.

3) Gegenseitiges Verhältniß der **fictitiae actiones** und des **Int. quor. bon.**

§. 61. Unsere gesammte Darstellung der objectiven in der **b. p.** enthaltenen Rechte hat ergeben, was die im ersten Kapitel ausgeführte Entstehung des Institutes von selbst mit sich brachte, daß nämlich der eigentliche Kern des Ganzen die Fiction des Erbeseins ist. Daß dem **b. possessor** ein **in bonis** gewährt wird, daß er **in conditione usucapiendi** sich befindet, sind Rechte, die das Wesen der **b. p.** nicht enthalten. Sie sind Zugaben, die sich freilich sehr natürlich ent-

---

6) Nämlich is qui liti se obtulit. Fr. 13. §. 13 u. 14 de her. pet. — v. Löhr Archiv XII. S. 100. Magazin f. Rechtsw. IV. S. 471.

7) Fr. 57. mandati.

Digitized by Google

wickeln mußten. Das wahre Wesen ist eine Universalsuccession, die factische Ausübung (possessio) des **jus heredis** (**hereditatis** oder **bonorum**) also die interimistische Repräsentation des zögernden **heres**. Daraus erklären sich die nunmehr weitläuftig erörterten Rechtsmittel, die **fictitiae actiones** und das **Interd. quorum bonorum**. Es bedarf kaum einer Erwähnung, daß wo nach den Grundsätzen, denen gemäß der Prätor zu dieser interimistischen Repräsentation ruft, Mehrere gleichmäßig berechtigt erscheinen, sie nun alle insgesammt **loco heredis** sind, daß sie nach Quoten wieder unter sich theilen, daß überhaupt alle civilrechtlichen Regeln über **coheredes** auf diese fingirten **coheredes** Anwendung finden [1]).

Unter sich aber stehen die **fictitiae actiones** und das **Int. quor. bon.** wieder in dem Verhältniß, daß jene in ihrer activen und passiven Bedeutung jedenfalls die Hauptsache sind, ohne die sich eine **b. p.**, soweit sie nicht einem anerkannten **heres** gegeben wird, gar nicht denken läßt, wie sie ja denn auch Gaius **IV. 34.** als unmittelbar aus dem Wesen der **b. p.** hervorgehend darstellt. Ihnen gegenüber hat das Interdict nur eine untergeordnete Bedeutung, ein so wichtiges Rechtsmittel es auch in einzelnen Fällen sein kann. Denn da es nur auf die **corpora hereditaria** geht, diese aber in der Erbschaft gar nicht enthalten zu sein brauchen, so läßt sich eine vollkommene gültige **b. p.** auch ohne ein Interdict denken.

Jetzt erst kann die Ulpianische Definition gleich im Anfange des Titels **de bon. poss.** völlig verstanden werden, die wir also auch erst an das Ende dieses Buches stellen durften:

> **Fr. 3. §. 1. de b. p. — Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim juris magis, quam corporis possessio; denique et si nihil**

---

1) So das Accrescenzrecht (l. un. C. quando non pet. part. 6. 10.), das judicium familiae herciscundae. Fr. 2. §. 1. fam. herc. ferner in Beziehung auf die Legatare das Int. quod legator. fr. 1. §. 3. §. 11. Fr. 2. §. 1. 4. quod legator. etc. Ueberhaupt die Bestimmung, daß die Rechtsmittel des b. possessor in perpetuum gegeben werden. Pr. J. de perpet. et temp. act.

Digitized by Google

corporale sit in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam Labeo ait. §. 2. Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit.

Man sieht offenbar, daß Ulpian im §. 2. ganz dasselbe, nur in strenger Definitionsform sagen will, was er im §. 1. aus Labeo referirt. Also der eigentliche Begriff ist die juris possessio [2]), das Recht, Alles quod cujusque cuum moritur fuit, also den ganzen Inbegriff seines Vermögens (patrimonium oder res), mit Klagen zu verfolgen (persequendi) und als Beklagter zu vertheidigen (retinendi). Mit einem Worte, der Inbegriff der fictitiae actiones. Die rerum possessio, also das Int. quor. bon., bildet nicht den wahren Begriff der b. p., obgleich, wo sie überhaupt möglich ist, sie von selbst aus diesem Begriffe folgt [3]).

Es ist wohl zu bemerken, daß Ulpian die Definition der b. p. unverändert aus Labeo entlehnt, und daß Cicero, der wenig früher als Labeo lebte, ausdrücklich bezeugt, das jus praetorium habe seit seiner Entstehung sein Wesen nicht verändert [4]). Wir haben also keinen Grund anzunehmen, daß der b. p. je ein anderer Begriff untergelegen habe, als wie er uns aus Ulpians Worten hervorleuchtet.

Das hiernach feststehende accidentelle Verhältniß des Int. quor. bon. zu den fictitiae actiones folgt ja denn auch deutlich aus Gaius, der als den Hauptpunkt es hervorhebt, wenn Jemand jure praetorio succedire, so intendire er ficto se herede [5]), während er, genau die Edictsworte nachsprechend, das

2) Fr. 208. de verb. sign.

3) Damit sind auch fr. 138. fr. 170. de verb. sign. verständlich.

4) Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus.

5) Gai. IV. 34. — quum enim praetorio jure — succedat, — ficto se herede intendit. So auch Ulpian XXVIII. 12. Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse fingunturtur.

Digitized by Google

Interdict nicht auf die ganzen bona, deren possessio gegeben worden, sondern nur auf Gewisses ex his bonis, nämlich auf dasjenige, was Gegenstand der possessio eines Anderen ist, bezieht (IV. 144). Und dasselbe zeigen uns die durchaus analogen Klagen des bonorum emtor, welche Gaius gleich neben den Klagen des bon. possessor erwähnt.

Wie sich nun aber hiermit die räthselhafte hereditatis petitio possessoria [6]) vereinigen lasse, ist eine Frage, deren Beantwortung jedenfalls Vieles voraussetzt, was nicht mehr reine Prätorische Thätigkeit bei der Gestaltung der b. p. war. Es wird wohl allgemein angenommen, daß sie wenigstens nicht in den ursprünglichen und reinen Begriff der b. p., von dem in diesem Bande die Rede war, gehört, und die Gründe, welche im Bisherigen dafür angegeben sind, können uns hier genügen.

---

6) Dig. V. 5.

Digitized by Google

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Digitized by Google

ASSOCIATION OF THE BAR
CITY OF NEW YORK

Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,

ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

STANFORD LIBRARY

Zweiter Band.

Erste Abtheilung.

Göttingen,

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1848.

Digitized by Google

365858

Digitized by Google

Meinem lieben Oheim,

Herrn

Vice-Präſidenten Leiſt

biete ich dies Buch

als geringes Zeichen

inniger Verehrung und Dankbarkeit.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Es bedarf weniger Worte, um den vorliegenden zweiten Band, der seines Umfanges wegen in zwei Abtheilungen hat getheilt werden müssen, beim Publicum einzuführen. Ich habe dieses Werk in einer doppelten Weise fruchtbringend zu machen gestrebt. In Hinsicht auf das practische Rechtsleben bin ich darauf bedacht gewesen, wie schon der Titel andeutet, die „heutige Geltung" der bon. poss. in klares Licht zu setzen. Das Resultat ist nun vorzugsweise ein negatives, und wenn man etwa meinen sollte, daß, um zu sagen, die bon. poss. sei unpractisch, es eines so weitläuftigen Werkes nicht bedürfe, — so brauche ich darauf nur zu entgegnen, daß überhaupt die Thätigkeit derer, welche das Römische Recht bearbeiten, nicht bloß in dieser, sondern noch in vielen anderen Lehren eine wissenschaftlich aufräumende sein muß, und daß, wenn man die negative Seite beleuchtet, dadurch auch das umgekehrte Positive schärfer hervortritt. Im Uebrigen verweise ich auf das fünfte Buch, in welchem meine Ansichten über die Geltung und den Werth des Römischen Rechts für unsere Zeiten, sowie die practischen Resultate, welche sich aus der Lehre von der bon. poss. ziehen lassen, genauer entwickelt sind.

Digitized

Um zu diesen Endresultaten zu gelangen, habe ich das Institut in vier weitläuftigen Büchern durch den langen Lauf vieler Jahrhunderte hin verfolgt, und es scheint ein Mißverhältniß, daß diese vier ersten Bücher, als Vorarbeiten für das fünfte, ihm gegenüber einen weit überwiegenden Raum einnehmen. Aber auch diesen Vorwurf muß ich ablehnen, indem ich in den vorhergehenden Büchern einen zweiten selbständigen Zweck verfolgt habe, der mir von fruchtbringender Art schien. Ich wollte in diesem Werke, wie der Titel sagt, nicht bloß die heutige Geltung, sondern auch die ganze „geschichtliche Entwicklung" der **bon. poss.** darstellen. Eine gut gestaltete Rechtswissenschaft lebt nicht bloß aus der Hand in den Mund, sie beschäftigt sich nicht lediglich mit dem, was man zum practischen Hausbedarf unumgänglich nöthig hat. Man kann, ganz abgesehen von aller directen Anwendung, auch aus den Rechtsentwicklungen eines fremden Volkes viel lernen, der Gewinn steigert sich, wenn wir es mit einer Rechtsentwicklung zu thun haben, in der bedeutende wissenschaftliche Kräfte thätig gewesen sind. Und wenn es sich endlich sogar um ein Rechtsinstitut handelt, das, freilich selbst unpractisch, doch einst mit anderen noch heutzutage geltenden Instituten in einflußreichem Zusammenhange gestanden hat, so tritt das Studium desselben aus dem Gesichtspuncte der Nützlichkeit schon wieder in den der Nothwendigkeit über, indem es zum vollen Durchschauen des heutigen Rechts gehört, daß man auch über die Bedingungen seiner Gestaltung in Klarheit sei. Aus diesen Gründen habe ich gestrebt, alle Theile und alle verschiedenen Perioden der **bon. poss.**, so viel in meinen Kräften lag, vollständig und erschöpfend zu entwickeln. Ich habe mich für berechtigt gehalten, auch andere Lehren, sobald sie zur Erklärung der b. p. dienen oder umgekehrt die Erklärung aus

Digitized by Google

der b. p. schöpfen können, mit in den Kreis dieses Werks hineinzuziehen. Besonders mußte ich mir in dem ersten Bande eine breite weit ausgedehnte Basis schaffen, auf welcher die mehr sich concentrirenden Untersuchungen des zweiten ruhen könnten. So bietet denn diese Arbeit so ziemlich eine innere Entwicklungsgeschichte des ganzen Römischen Erbrechts, soweit es eine Universalsuccession enthält.

Ob die Resultate meiner Studien, bei denen ich nach neuen Ansichten nicht gehascht, aber mich auch vor den sich aufdrängenden nicht verschlossen habe, von Werth sind, ob ich (was mein Bestreben war) das große Quellenmaterial vollständig umfaßt, es gehörig verarbeitet und durchschaut habe, darüber steht das Urtheil Anderen zu. Ich brauche wohl kaum zu bemerken, daß je schärfer und tiefer eingehend die Critik sich äußert, um so willkommener sie mir sein wird. Dieser zweite Band erscheint zu einer Zeit, wo die politische Reorganisation Deutschlands die Aufmerksamkeit Aller, auch meine eigene, in Anspruch nimmt, und wäre er nicht vorher beendigt gewesen, so würde seine Herausgabe wohl noch längere Zeit sich verzögern. Ich lasse ihn nun dennoch, auch wenn der jetzige Augenblick wenig günstige Aufnahme verspricht, in die Welt hinausgehen, überzeugt, daß, falls die Arbeit überhaupt Werth hat, sie auch ihre Beachtung, sei es jetzt sei es später, finden wird. Aus der politischen Umgestaltung Deutschlands werden große segensreiche Folgen auch für die frischere und lebensvollere Entwicklung unseres Privatrechts hervorgehen. Daß ich rücksichtlich der bisherigen Handhabung des Römischen Rechtes in Deutschland nicht gerade in einen goldenen Kelch schaue, wird man aus dem fünften Buche genugsam ersehen. Es ist freilich schon viel vom Geiste der Römischen Juristen unter uns geredet worden, aber wenig in ihrem Geiste für Fortbildung unseres

Digitized by Google

Rechtes gethan. Auch von vielen Theilen des Erbrechts gilt dies; was aber die bon. poss. anbetrifft, so ist sie schon jetzt, wie gerade dies Buch nachweisen soll, ein abgethanes Institut, die Gründe also, welche uns trotz dem zu ihrem Studium hinführen, gelten auch fernerhin, und lassen daher auch die Herausgabe dieses Buchs im Angesichte großer Umgestaltungen unseres Rechtes als gerechtfertigt erscheinen.

Rostock den 23. Mai. 1848.

Digitized by Google

Inhaltsangabe.

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der b. p. unter dem Prätor.

Seite

Einleitung. §. 62. 3

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

Ueber den Veranlassungsgrund im Allg. §. 63. 6

I. Bonorum possessio unde cognati.

1) Ihr Verhältniß zur Agnatenklasse. §. 64. 12

2) Ihr Verhältniß zur Gentilenklasse. §. 65. 19

3) Die Zeit ihrer Einführung. Bedingende und vernichtende Beweise. §. 66. 21

II. Bonorum possessio unde vir et uxor. §. 67. 25

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. c. t.

Einleitung.

1) Charakteristik der correctorischen Erbklassen. §. 68. . . . 28

Digitized by

Seite

2) Verschiedene Ansichten über die Einführung der contra tabulas b. p. §. 69. 35

3) Anknüpfungspunkte des Civilrechts. §. 70. 41

4) Der Entstehungsgrund der c. t. b. p. §. 71. 46

I. Die nominelle c. t. b. p.

1) Verschiedene Ansichten. §. 72. 48

2) Das Recht des filius suus jam natus. §. 73. u. 74. . . . 54

3) Das Recht der postumi sui. §. 75. u. 76. 64

II. Das Recht der Accrescenzerben.

1) Grundprincip der c. t. b. p. §. 77. 77

2) Interpretation des fr. 1. de b. p. c. t. §. 78. 83

3) Nebeninstitute für die sui.

a. Die missio ventris nomine. §. 79. 90

b. Das Carbonianum edictum. §. 80. . . . 98

III. Das Recht der Emancipirten. §. 81. 107

IV. Wirkungen der c. t. b. p.

1) Allgemeiner Gesichtspunkt; und die Institution der extranei §. 82. 112

2) Die Enterbungen, Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubstitutionen und Freiheitsertheilungen. Bedeutung der her. aditio von Seiten des scriptus heres §. 83. 120

3) Die Vermächtnisse, und das Recht der instituirten conjunctae personae. §. 84. 127

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

1) Bedeutung des commissum per al. edictum. §. 85. . . . 138

2) Das Recht der instituirten in adoptionem dati. Gesammtüberblick über die Subjecte der c. t. Allgemeines Urtheil über den Werth des ganzen Instituts. §. 86. . . . 148

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis. §. 87. 153

VII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

1) Die bedingten Einsetzungen §. 88. u. 89. und Enterbungen. §. 90. 160

Digitized by Google

Seite

2) Die Berückſichtigung der Notherben bei allen Graden.

a. Die Grundſätze bei der wahren c. t. §. 91. . . 173

b. Die Grundſätze bei der nominellen c. t. §. 92. . 179

VIII. Concurrenz der civilen und Prätoriſchen Notherben.

1) Der civile Notherbe iſt inſtituirt. §. 93. 185

2) Der civile Notherbe iſt exheredirt. §. 94. 191

3) Der civile Notherbe iſt präterirt.

a. Die Grundſätze des Prätoriſchen Rechts, und die ferneren ſtreitigen Entwicklungen der Römiſchen Jurisprudenz. §. 95. 194

b. Unterſcheidung der drei Fälle des präterirten, exheredirten und inſtituirten Prätoriſchen Notherben. §. 96. 203

IX. Bedingende und vernichtende Beweiſe bei der c. t. b. p. §. 97. u. 98. 208

Drittes Kapitel.

Die hiſtoriſchen Veranlaſſungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

Einleitung. §. 99. 219

I. Das Recht der postumi sui.

1) Die Ausdehnung der lex Junia Velleja auf die juriſtiſchen postumi. §. 100. 220

2) Einführungszeit der lex Junia Velleja und der c. t. b. p. §. 101. 230

3) Die Entſtehung der Präteritionsregel über namentliche Exheredation der sui virilis sexus. §. 102. 233

II. Die bon. poss. unde liberi. §. 103. 243

Viertes Kapitel.

Veränderungen der sec. tab. b. p. in der klaſſiſchen Juriſtenzeit.

Allgemeiner Geſichtspunkt. §. 104. 250

Digitized by Google

Seite

I. Die Prätoriſchen Veränderungen.

1) Die Bedeutung der neuen Prätoriſchen Regel und ihr Verhältniß zum Rechte der Civilerben. §. 105. 254

2) Die einzelnen Fälle der civilrechtlich ungültigen vom Prätor aufrechterhaltenen Teſtamente.

a. test. ab initio non jure factum. §. 106. . . . 263

b. test. jure factum, postea irritum factum. §. 107. 270

c. test. jure factum, postea ruptum. §. 108. . . 274

d. Aufrechthaltung des Teſt. in Folge des Abſtinirens eines präterirten suus. §. 109. 279

II. Die kaiſerlichen Reſcripte.

1) Das testamentum posterius imperfectum.
2) Das testamentum ruptum. . . . . } §. 110. . . . 282

3) Das Reſcript Mark Aurels über das non jure factum test. §. 111. (Am Ende des § (S. 295.) Rückblick auf das ganze Syſtem der Prätoriſchen Klaſſen). 292

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquiſition der b. p.

I. Die Handhabung der Agnitionsfriſten. §. 112. 299

II. Die Feſtſtellung der zur Agnition gehörigen Vorausſetzungen. §. 113. (Hiebei von der b. p. decretalis.). 308

III. Verhältniß des successorium edictum zum jus deliberandi. §. 114. 319

Digitized by Google

Zweites Buch.

Die Erweiterungen der bonorum possessio unter dem Prätor.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§. 62. In dem ersten Buche dieses Werks ist die ursprüngliche Gestalt der **bonorum possessio** dargestellt worden. Der Begriff, welcher ihr von Anfang an zum Grunde lag, bestand auch noch zur Zeit der klassischen Juristen. Nur an Umfang hat das Institut nach und nach wesentlich zugenommen, ohne dadurch seinen bisherigen Begriff zu verlieren. Wir könnten uns, wie schon im ersten Bande hervorgehoben ist, diese Erweiterungen ganz wegdenken, ohne daß damit die ganze **b. p.** geläugnet werde; es sind also Institute, die ihre eigenen Veranlassungsgründe haben, welche nicht zugleich den Entstehungsgrund der gesammten **b. p.** enthalten. Die Darstellung aller dieser zu der ursprünglichen Gestalt der **b. p.** hinzugetretenen Bestandtheile wird uns in diesem zweiten Buche beschäftigen. Wir haben den eigenthümlichen Ursachen eines jeden nachzuforschen, indem uns dies in doppelter Hinsicht Nutzen gewährt. Einestheils wird dadurch unser Beweis über die Entstehung der ursprünglichen **b. p.** vervollständigt, indem, wenn wir wissen, daß einzelne Theile ihre eigenthümliche Veranlassung gehabt haben, damit die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß aus ihnen die Entstehung des Ganzen abgeleitet werden könnte. Anderntheils aber dienen diese besondern Veranlassungsgründe zur Erfassung des inneren Wesens der neu hinzutretenden Lehren selbst. Und dies zu erkennen, und gehörig zu verstehen, wie sich die hinzukommenden Institute an den eigentlichen Kern des ganzen Systems der **b. p.** angeschlossen haben, ist ja hier unsere Hauptaufgabe.

Digitized by Google

Alle diese jetzt darzustellenden Theile unserer Lehre sind entstanden zu einer Zeit, wo noch der Prätor selbstthätig die Erbschaftsangelegenheiten mittelst der im Edict aufgestellten Sätze regulirte, sie sind auch meist durch den Prätor selbst entstanden. Die Zeit, in der sie geschaffen wurden, ist die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, wir haben hier also schon von vorn herein scharfe, consequente, und bewußte Rechtsbildungen zu erwarten.

Der vor uns liegende Stoff zerlegt sich nun in fünf Kapitel. Die kleine Zahl der Erbklassen, welche der Prätor dem Civilrechte entlehnt hatte, **sec. tab.** — und **ab intestato** die drei legitimen Klassen der **sui — agnati — gentiles** (**confirmandi juris civ. gr.**) [1]), wurde zuerst dadurch vervollständigt, daß man hinter ihnen zwei neue Erbklassen **unde cognati** und **unde vir et uxor** aufstellte (**supplendi jur. civ. gratia**). Kap. **I.** — Es wurde dann sogar eine Klasse geschaffen, die allen, auch der **sec. tab.** vorgehen sollte. Diese **contra tabulas b. p.** ist freilich nur auf einen an und für sich engen Kreis berechnet, nämlich auf die Beerbung eines Hausvaters, der seine Kinder nicht gehörig berücksichtigt hat. Aber dafür ist es ein desto exorbitanteres Recht, welches der weitläuftigen Untersuchung in Bezug auf sein inneres Wesen und seine Entstehungsgründe bedarf. Kap. **II.** — Diese **contra tabulas b. p.** ist dann noch, abgesehen von der auf sie selbst gerichteten Prüfung, in ihrem Verhältniß zu anderen Instituten des Erbrechts ins Auge zu fassen. Dies sind theils solche, die besondere Gründe zur Erklärung der **c. t. b. p.** selbst darbieten, theils wieder aus dieser ihre Erklärung schöpfen. Letzteres ist die **b. p. unde liberi**, welche ebenso wie die **c. t.** eine **corrigendi juris civilis gratia** proponirte Klasse heißt, und zwischen der **sec. tabulas** und der ersten Klasse der **legitimi** eingeschoben wurde. Kap. **III.** — Zuletzt sind noch die Umgestaltungen der **sec. tabulas b. p.** darzustellen, welche dieser Klasse, die ursprünglich rein **confirmandi jur. civ. gratia** aufgestellt worden war, in gewissen Ausnahmsfällen den Charakter einer **supplendi**, ja später so-

1) §. 1. I. de b. p.

gar in Folge kaiserlicher Einwirkung einer corrigendi causa gegebenen ertheilte. Kap. IV. — Nachdem wir so den Ueberblick über das ganze Prätorische System gewonnen haben werden, sind die Grundsätze zu prüfen, nach welchen diese einzelnen Klassen vom Prätor gehandhabt wurden, also die Delation und Acquisition der b. p. so wie die Rückwirkungen, welche diese Prätorischen Grundsätze wieder auf das Civilrecht äußerten. Kap. V.

Erst wenn wir so das ganze Gebiet des Prätorischen Erbrechts in der klassischen Jurisprudenz durchmessen haben werden, läßt sich weiter untersuchen, was sich mit denselben in den späteren Zeiten zugetragen hat, wo kein Prätor, keine Juristen mehr vorhanden waren, welche so wie bisher die Träger und Stützen der von ihnen geschaffenen Lehre hätten sein können.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die suppletorischen Erweiterungen der Intestaterbfolge.

§. 63. Es finden sich unter den Intestat-Delationsgründen mehre Klassen, die sich nur auf Prätorische Jurisdiction gründen. Dahin gehört das Erbrecht der Emancipirten, der Cognaten, und der Ehegatten. Weil indeß das Erstere wesentlich mit den Prätorischen Neuerungen im Notherbenrecht zusammenhängt, so werden wir uns in diesem ersten Kapitel nur mit den letzteren beiden Punkten zu beschäftigen haben.

Ein einziger Blick auf das alte Civilrecht zeigt uns die große Beschränktheit der zur Erbfolge berufenen Klassen. Haben wir es nun als die Entstehungsursache der b. p. erkannt, daß das öffentliche Interesse dem Prätor die Pflicht auflegte, für die Constituirung eines Repräsentanten des **heres** zu sorgen, so werden wir zugleich einsehen, daß durch Einführung der **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** jenes Bedürfniß, dem man um der **sacra** und Gläubiger willen abhelfen mußte, nur erst dürftig befriedigt worden war. Sehr leicht konnten die Fristen der b. p. sämmtlich unbenutzt verstrichen sein. Wenn kein Testament, und keine **sui** vorhanden waren, dagegen wohl eine große Zahl von hinter einander stehenden Agnaten und von Gentilen, so kam doch Alles, wie ich im ersten Bande (S. 211) nachgewiesen zu haben glaube, lediglich auf die Agnition des **proximus agnatus** an. Dieser

Digitized by Google

ſtand einer ferneren Delation der b. p. an die übrigen Agnaten, und Letztere wieder einer weiteren Berufung der Gentilen entgegen. Die Güter waren, wenn der proximus agnatus nicht antrat, nach civilem wie Prätoriſchem Rechte erblos.

Daſſelbe Bedürfniß, welches die b. p. hervorgerufen hatte, mußte alſo auch fortwirken, um eine Vervollſtändigung derſelben herbeizuführen. Was lag näher, als daß der Prätor mit der Zeit darauf kam, neue ordines hinter den alten aufzuſtellen, worin er nach vergeblich verſtrichenen Friſten Perſonen zur Succeſſion berief, die freilich nach Civilrecht nie Erben werden konnten, die aber doch werth waren, um der sacra und creditores willen und überhaupt auch wegen ihres eigenen nahen Verhältniſſes zum Erblaſſer, ſo lange loco heredis conſtituirt zu werden, bis etwa der wahre heres ſein Recht in Anſpruch nehmen würde?

Das Weſen der b. p. iſt fingirte Univerſalſucceſſion. Der erſte Schritt, und der offenbar am nächſten liegende war doch, daß man diejenigen als heredes fingirte, welche es freilich nach Civilrecht nicht waren, aber es geweſen ſein würden, wenn ihnen nicht eine frühere Klaſſe im Wege ſtände. Der zweite Schritt iſt jetzt, daß man Perſonen ruft, welche nicht bloß im vorliegenden Fall, ſondern überhaupt nie heredes ſein können. Beide Schritte hat der Prätor gethan, ſo viel iſt gewiß, und ſo kann denn auch nach ihrer inneren Bedeutung kaum ein Bedenken ſtatt finden, daß er den zweiten Schritt nicht vor dem erſten gemacht haben werde. Der Begriff des fingirten Erbrechts lag doch bei denen am Nächſten, welche wirklich in abstracto, und nur nicht im einzelnen concreten Fall Erbrecht haben. Als dies vorlag, konnte man daran auch Andere anknüpfen, welche ſelbſt in abstracto kein Civilerbrecht hatten. Wollten wir uns aber den erſten Schritt hinwegdenken, ſo fehlt ganz die Brücke, um uns in natürlicher Weiſe den zweiten zu erklären.

Savigny hat in der That dieſe Anſicht aufgeſtellt [1]), und ich muß hier noch genauer auf dieſelbe eingehen, während ſchon aus dem erſten Bande genügend hervorgegangen

1) Zeitſchrift für geſch. R. W. V. S. 14.

Digitized by Google

sein wird, daß ich derselben nicht beitreten kann. Es soll demnach in der Aufstellung neuer ordines zu Gunsten gewisser vom Civilrecht nicht berücksichtigter Personen (also Emancipirte, Cognaten, Ehegatten) der Ursprung der ganzen b. p. zu finden sein. Wir können, obgleich hier von den Emancipirten [2]) noch nicht die Rede ist, doch schon die allgemeinen Gründe zusammenstellen, welche dieser Auffassung entgegenstehen. — Beweise aus den Quellen lassen sich für dieselbe nicht vorbringen. Es kommt also nur auf die innere Wahrscheinlichkeit an, mit der aus ihr das ganze System der b. p. erklärt werden kann. Dazu aber ist sie, wie mich dünkt, nicht geeignet.

1. Es läßt sich die Annahme, daß der Prätor, um gewissen Personen das Vermögen zuzuwenden, die b. p. eingeführt habe, gar nicht wohl vereinigen mit seiner Bestimmung, die er doch entschieden auch getroffen hat, daß namentlich unter den civilrechtlichen ordines eine successio statt finden solle [2a]). Wollte er Cognaten und Ehegatten rufen, so hatte er doch genügende Rücksicht auf das Civilrecht genommen, wenn er edicirte: »Falls der heres nicht auftritt in bestimmter Zeit, soll der Cognat gerufen werden.« Wie soll es sich erklären lassen, daß der Prätor nun doch unter den civilrechtlichen ordines eine Reihenfolge machte, also wenn der heres in der ersten Klasse stand, erst noch die übrigen ordines, die das Civilrecht ja gar nicht rief, den Cognaten und Ehegatten, um derentwillen das ganze Institut hervorgerufen wäre, vorausstellte? Wenn ein suus vorhanden war, warum noch erst die Agnaten hinterdrein rufen, wenn man doch eigentlich den Cognaten das Vermögen zuwenden wollte, — warum seinem Zwecke selbst Hindernisse in den Weg stellen, wozu das Civil-

2) Daß nämlich höchstens die Cognaten und Ehegatten, nicht aber die Emancipirten zur Erklärung des Ursprungs der b. p. benutzt werden können, wird aus der Darstellung des zweiten und dritten Kapitels hervorgehen, wo es nachzuweisen ist, daß der c. t. und unde liberi b. p. ganz eigenthümliche Entstehungsursachen zum Grunde liegen.

2a) S. besonders Gai. III. 37 und überhaupt das Bd. I. Einl. S. XV. Gesagte; s. ferner unten §. 66. Note 2 und §. 68. Note 2.

Digitized by Google

recht gar keine Veranlassung gab, und wodurch der Zweck in sehr vielen Fällen ganz unerreicht bleiben mußte?

Man kann nicht einwenden, die successiven Fristbestimmungen für die civilrechtlichen Erben seien nothwendig gewesen, um zu wissen, daß kein heres vorhanden wäre, in dessen Ermangelung nun die Cognaten das Vermögen erhalten sollten. Ein so unzureichendes, ja sogar dem Zweck entgegenstehendes Mittel würde doch der Prätor wahrlich nicht gewählt haben. Man sieht so deutlich, daß den heredes nicht deßhalb eine Frist gesetzt wird, um wirklich mit Sicherheit zu erfahren, ob Civilerben vorhanden seien, sondern nur um einen genügenden Grund zu haben, ihr Nichtvorhandensein präsumiren zu dürfen [3]). Also den Zweck, den Cognaten dauernd das Vermögen zu verschaffen, können wir nicht als das Vorherrschende betrachten, der Prätor hätte vielmehr um dieses Zweckes willen dem säumigen heres, ebenso wie er es beim spatium deliberandi that, die Klagen nach Ablauf der Frist denegiren müssen, während doch in der That der heres noch immer die b. p. des Cognaten zur sine re machen konnte. Und ferner würde jener Zweck auch nur dahin geführt haben, lediglich dem vom Civilrecht gleichviel in welcher Klasse gerufenen heres eine Frist zu setzen, der Prätor hätte ediciren müssen, wenn dieser heres, sei es nun ein scriptus oder einer aus den drei Intestatklassen, nicht in bestimmter Frist anträte, so sollten gleich die Cognaten und dann die Ehegatten gerufen werden. Dadurch aber, daß man nun hinter diesem heres noch die anderen Civilklassen, die beim Vorhandensein einer früheren Klasse nicht heredes waren, rief, wurde es um nichts sicherer, ob der wahre heres die Erbschaft haben wollte, und es entstand nun umgekehrt die Möglichkeit, daß zwischen den heres und den Cognaten sich andere Personen stellten, welche ohne heredes zu sein, den Zweck des Prätors, in Ermangelung des heres die Cognaten zu rufen, vereitelt hätten. Und ein solches Institut, das ganz andere Resultate hervorbrachte, als man beabsichtigte, kann man doch den Römern nicht zutrauen.

---

3) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

Digitized

Hieraus folgt, daß die von Savigny aufgestellte Voraussetzung, welche der Entstehungsgrund der b. p. gewesen sein soll, mit der vom Prätor eingeführten **successio** unter den civilrechtlichen **ordines** im Widerspruch steht, daß also, wenn jene richtig wäre, wir unmöglich diese im Römischen Rechte finden dürften. Und daran ändert es nichts, ob wir uns diese **ordinum successio** unter den **legitimi** gleich anfangs mit der Cognatenklasse eingeführt, oder sie erst später hinzugekommen denken wollten.

Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn wir den historischen Verlauf umgekehrt anordnen; d. h. das **successorium edictum** unter den Civilklassen als das frühere schon selbständig Bestehende annehmen, an das sich dann die Klasse der Cognaten und Ehegatten freilich sehr natürlich anknüpfte. Wir sprechen hier ja bloß von der inneren Wahrscheinlichkeit, und ich sehe ganz ab von den besonderen Beweisen, welche ich für die ursprüngliche Gestalt des **successorium edictum** schon vorgebracht habe, und anderntheils für die singulären Entstehungsgründe der suppletorischen und correctorischen Erbklassen noch vorbringen werde. Nach dieser inneren Wahrscheinlichkeit aber charakterisirt sich doch gleich, wie ich vorher schon ausführte, die **successio** unter den Civilklassen als der erste, die Aufstellung neuer **ordines** als der zweite Schritt.

2. Aber ich kann auch das nicht einmal zugeben, daß, angenommen die b. p. bestand schon als **successorium edictum** für **scripti** und **legitimi**, die Hinzufügung der Cognaten und Ehegatten lediglich aus dem Interesse dieser hier gerufenen Personen zu erklären sei. Auch dann noch hätte die b. p. anders gestaltet werden müssen, der Prätor würde mit dem Ablauf der den Civilklassen angesetzten Fristen, eine Denegation der **her. pet.** also eine Ausschließung der b. p. **sine re** verbunden haben [4]). Der eigentliche Grund, welcher diese

4) Wenn überhaupt der Prätor die fragliche Absicht gehabt hätte, so würde er das angegebene Mittel ganz unbedenklich haben anwenden können. Durfte er doch sogar einem unter casueller Bedingung eingesetzten Erben, wegen des Interesses der Creditoren, eine Deliberationsfrist setzen, nach deren Ablauf, wenn auch die Bedingung

Digitized by Google

Klassen hervorrief, war derselbe, der die b. p. überhaupt erzeugte, das Interesse der Creditoren. Da das Civilrecht so wenige Klassen darbot, so mußten neue gemacht werden, die den Gläubigern gegenübertraten, wenn der **heres** säumig oder gar nicht vorhanden war. In so weit kommt das eigene Interesse der Gerufenen noch gar nicht in Betracht. — Daß dieß so sei, beweist sich eben schon aus der Gestalt dieser b. p. **unde cognati** und **vir et uxor**, bei denen man ganz so wie bisher den Satz bestehen ließ, auch der säumige **heres** könne ihnen noch immer die Erbschaft wieder abfordern. In diesem Fall also hatten sie nichts als Weitläuftigkeiten und keinen Vortheil von der Agnition der b. p. gehabt.

Daß man neuer Klassen bedurfte, erklärt sich aus dem Interesse der Gläubiger; daß man nun aber in die neu aufzustellenden Klassen gerade die Personen rief, welche wir hier finden, das rechtfertigt sich allerdings sehr natürlich aus ihrem nahen Verhältniß zum Erblasser, in Folge dessen sie die Nächsten waren, denen man, falls der **heres** die **her. pet.** nicht anstellen wollte, das Behalten der **bona** gönnen konnte. — Es wird sich dies, wie wir sehen werden, nachher noch genauer beweisen lassen.

3. Auch dem materiellen Begriff, welchen Savigny für die den Cognaten ꝛc. gegebene b. p. construirt, kann ich nicht beistimmen. Der Prätor habe für die von ihm Gerufenen in Bezug auf die obligatorischen Verhältnisse **fictitiae actiones** aufgestellt; rücksichtlich des Eigenthums habe er ihm das Recht der **pro her. usucapio** verliehen, und zum Beginn dieser Usucapion das **Int. quor. bon.** [5]). Als aber das Recht des natürlichen Eigenthums (**in bonis**) in der Folge aufgekommen, sei dies natürlicher Weise auch dem b. **possessor** eingeräumt worden, so daß man nun immer mehr die b. p. als ein der **hereditas** gleichartiges Recht ansehen konnte.

---

noch gar nicht eingetreten, also der **heres** ganz ohne Schuld war, das Vermögen den Creditoren überwiesen wurde. Fr. 23. §. 2. de her. inst.

5) Ich bemerke hiergegen nichts weiter, mich auf die Darstellung dieser Punkte im ersten Bande berufend. S. auch namentlich Einleitung S. XXVI. Not. 14.

Digitized by Google

Wenn die b. p. der Cognaten cum re war, so enthielt sie allerdings ein der hereditas materiell gleiches Recht, aber gerade weil dies keineswegs im Voraus sicher ist, weil dem heres die her. pet. gegen die suppletorischen Erbklassen nicht denegirt wird, so war doch durch dieselben eine Umgestaltung des ursprünglichen Begriffs der b. p. nicht möglich. Dies definitive Erbewerden ist auch zur Zeit der klassischen Juristen, trotz der damals schon vollkommen ausgebildeten correctorischen und suppletorischen Klassen, noch immer kein wesentliches Requisit der b. p., während es allerdings ein nothwendiger Bestandtheil im Begriff der hereditas ist. Die Juristen behandeln die b. p. noch immer als das, was die Worte buchstäblich sagen: Besitz des Erbrechts. Ob dieser Besitz dauernden effectus haben werde oder nicht, ist eine weitere Unterscheidung, die an und für sich im Begriff der b. p. noch nicht enthalten ist [6]). Was daher als weiteres Ergebniß der b. p. cum re erscheint, und dahin gehört ja namentlich, daß sie das in bonis gewähre, das afficirt das Wesen der b. p. nicht. So kommt es, daß wenn wir sie freilich von Anfang an als eine Universalsuccession anzusehen haben, wir sie doch auch in der Blüthe der Jurisprudenz noch nicht als ein der hereditas materiell gleichartiges Recht auffassen dürfen. Dies wird noch deutlicher werden, wenn wir dem die Umgestaltung der b. p. in der späteren Kaiserzeit gegenüberstellen, weßhalb ich hier auf die im folgenden Buche zu gebenden Entwicklungen verweisen kann.

§. 64. Nach diesen Vorbemerkungen haben wir genauer auf die Quellen einzugehen, und daraus den Entstehungsgrund der Cognaten- und der Ehegattenklasse zu rechtfertigen. Aus Ulpian in fr. 1. pr. unde cogn. und fr. un. unde vir et uxor ist darüber nichts zu schöpfen, wohl aber aus Gaius III. 33., dessen hier nicht ganz leserliche Worte wir wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen ergänzen dürfen.

---

6) Ulpian XXVIII. 12. 13. sondert in diesen beiden Paragraphen genau den eigentlichen Begriff der b. p. und die Eintheilung in cum und sine re. Letztere ist ebensosehr eine wahre b. p. wie die Erstere.

Digitized by Google

Nachdem er vorher von dem **ordo unde liberi**, so wie den nach Civilrecht von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen gesprochen, und den Begriff der **b. p.** ähnlich wie Ulpian **XXVIII. 12.** angegeben hat, fährt er mit wenigstens theilweiser Beziehung auf die Klassen, von denen hier die Rede ist [1]), so fort:

> **Adhuc autem alios complures gradus praetor facit in bonorum possessione danda, dum id agit, ne quis sine successore moriatur.**

Gaius giebt hier sehr deutlich an, daß der Hauptzweck der ganz neu vom Prätor eingeführten **ordines** nicht die Befriedigung bisher vernachlässigter Personen gewesen sei, sondern gerade das, was wir überhaupt als Entstehung der **b. p.** erkannt haben. Der Prätor mußte es sich angelegen sein lassen, daß Niemand **sine successore** stürbe. Es ist dies eine durch das öffentliche Interesse gebotene Rücksicht, hinter welche das der hier gerufenen Personen so sehr zurücktritt, daß Gaius Letzteres gar nicht erwähnt. Auch sieht man, daß er die von ihm hervorgehobene Absicht des Prätors gar nicht bloß auf die Klassen bezieht, an die er gerade denkt. Er sagt nur, daß sie sich auch bei diesen zeige, und wir können daher seine Worte auch so umstellen: **in danda bonorum possessione praetor id agit, ne quis sine successore moriatur, quare etiam alios complures gradus facit.** Dies bestätigt also vollkommen das schon im ersten Bande über den Ursprung der **b. p.** Gesagte.

Wenn nun aber auch Gaius sich hier gar nicht darauf einläßt, die neuen Klassen daraus zu erklären, daß es billig gewesen sei, gewisse dem Civilrecht unbekannte Personen zu rufen, so können wir dennoch nicht zweifeln, daß die innere Gestaltung dieser Klassen, welche schon das Interesse der Creditoren forderte, ganz nach der **naturalis aequitas** eingerichtet sein wird. Man rief darin diejenigen, welche die natürliche Rechtsanschauung der damaligen Zeit in Ermangelung der Civilklassen dem Erblasser am nächsten stellte [2]). Wie und zu

---

1) Gaius denkt auch gewiß noch an die besonderen Klassen beim Tode eines Freigelassenen.

2) Und die auch bisher wohl meistens schon, wenn die heredes gegen

welcher Zeit die Römer hiezu gelangten, ist jetzt im Einzelnen nachzuweisen.

1. Die b. p. unde cognati.

Die Engigkeit und Unbeholfenheit, mit der das alte Civilrecht den drei Intestatklassen deferirte, war zu bedeutend, als daß nicht mit der Zeit den Römern selbst eine Abänderung wünschenswerth erscheinen mußte. Neuere Schriftsteller haben nun, wie Bd. I. S. 206 angegeben ist, die erste Aenderung darin gesucht, daß auch schon nach Civilrecht eine successio der Gentilen auf die Agnatenklasse eingeführt worden sei, und diejenigen, welche dies behaupten, werden jedenfalls meinen, daß dies dann auch der Prätor anerkannt habe.

Wenn man mir nun vielleicht zugeben wird, daß jedenfalls im Civilrecht diese Rechtsänderung nicht zu finden ist [3]), so wird man doch, wie ich vermuthe, geneigt sein, sie wenigstens dem Prätorischen Rechte zuzuschreiben. Und allerdings ist auch daran, wie ich schon oben hervorgehoben habe, in soweit nicht zu zweifeln, daß, wenn nur Agnaten eines Grades vorhanden waren, und die b. p. nicht erbaten, diese nun den Gentilen deferirt wurde. Falls aber zwischen den proximi agnati und den Gentilen entferntere Agnaten standen, scheint mir eine Berufung der Gentilen auch nach dem Prätorischen

---

sie nicht auftraten, durch eigenmächtige Besitzergreifung und pro herede usucapio zur Erbschaft gelangten. Diese Berücksichtigung der aequitas wird von Cicero Or. part. c. 28 ausdrücklich hervorgehoben: aut quum hereditatis, sine lege (d. h. welche keine b. p. unde legitimi ist) aut sine testamento, petitur possessio, in quibus causis quid aequius aequissimumve sit, quaeritur; quas ad causas facultas petitur argumentationum ex iis, de quibus mox dicetur, aequitatis locis.

3) Für die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich auch noch die Collatio XVI. 3. §. 3. anführen: Intestatorum hereditas lege duodecim tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis, et aliquando quoque gentilibus deferebatur. Das aliquando kann ehemals, aber auch zuweilen heißen. In letzterem Falle bedeutete es also, daß Gentilen vorhanden sein, und doch nicht immer heredes werden konnten.

Digitized by Google

Edicte unmöglich. An die Gründe, womit ich dies bereits im ersten Bande bewiesen zu haben glaube, knüpfe ich hier an, indem gerade die eigenthümlichen Veranlassungsursachen, welche uns für die neu aufgestellten ordines in den Quellen mitgetheilt werden, einen neuen Beweis für jenen Satz enthalten, ja, wie mir scheint, ohne denselben gar nicht recht verständlich sein würden.

Man könnte nämlich (und ich gehe wohl nicht zu weit, wenn ich diesen Gedanken bei den meisten neueren Schriftstellern voraussetze) die Entstehung der b. p. unde cognati folgendermaßen rechtfertigen wollen. Dem Prätor sei es unpassend vorgekommen, daß das bisherige Intestat-Erbrecht auf Agnation basirt worden sei [4]), er habe demselben deßhalb ein ganz neues Princip substituiren wollen, die Cognation. Freilich habe er das bisherige Civilrecht nicht vernichten können, und so wäre sein neues Princip nur suppletorisch demselben angefügt worden. — Zu dieser Ansicht paßt aber gar nicht recht die frühe Zeit, in die, wie wir sehen werden, die b. p. unde cognati bereits zu setzen ist, und in der die Agnation noch so sehr fest in der Römischen Rechtsansicht wurzelte, es paßt ferner nicht, daß eben diese Klasse nur suppletorisch an das civile System angefügt wurde. Wenn die damalige Zeit die Agnation schon für so unpassend gehalten hätte, das Erbrecht darauf zu bauen, so würde der Prätor, das natürliche Organ der Volksansichten, leicht Mittel und Wege haben finden können, um correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten. Es würde uns endlich, wenn die Absicht des Prätors gleich von vorn herein auf ein neues System des Erbrechts ging, wundern müssen, daß innerhalb des großen Kreises der Cognaten nicht noch wieder mehre Klassen unterschieden worden wären, während doch parentes, liberi, und Seitenverwandten, deren verschiedene Stellung die Römer sehr wohl

4) Auch die Gentilen sind ja fingirte Agnaten, durch einen sagenhaften Stammvater als den pater familias zusammengehalten. Und so stehen ihnen, wenn wahre Agnation sich nicht beweisen läßt, von selbst die Agnatenrechte zu.

zu unterscheiden wissen, lediglich nach der Gradesnähe durcheinander geworfen sind [5]).

Schon dies führt uns auf die Vermuthung, daß die Cognatenklasse einen singulären Entstehungsgrund gehabt haben werde. Und dieser läßt sich nun auch, wie mich däucht, mit ziemlicher Sicherheit nachweisen.

Wenn den Römern es auffallen mußte, daß, sobald hinter einem **proximus agnatus** noch entferntere Agnaten und außerdem Gentilen vorhanden waren, Beide von der Erbschaft ausgeschlossen sein sollten, — so konnten sie doch wohl nicht zweifelhaft sein, wem von Beiden bei einer vorzunehmenden Rechtsänderung der Vorzug gebühre. Man mußte zuerst darauf denken die übrigen Agnaten zuzulassen, war aber diesen geholfen, so war damit schon genügend für einen **successor** des Verstorbenen gesorgt, und man brauchte nicht auch noch den Gentilen mehr Recht zu geben, als sie nach den 12 Tafeln hatten, da ja dieß Verhältniß in der damaligen Zeit schon sehr untergeordnete Bedeutung hatte.

Also den ferneren Agnaten mußte, das war ein der Römischen Anschauung nahe liegender Punkt, die Möglichkeit gegeben werden, zur Erbschaft zu gelangen. Aber im **ordo unde legitimi** eine **graduum successio** einführen, das war wiederum etwas den Römischen Ideen völlig Widersprechendes. Jemanden als **legitimus** rufen, und doch die Regeln der lex hintansetzen, schien nun einmal nicht möglich. Mogten auch spätere Juristen sich darüber hinwegsetzen wollen, die Prätorische Praxis ist es nie geworden [6]), und in der Zeit, wo die Klasse **unde cognati** eingeführt wurde, wird auch noch kein Jurist eine solche Behauptung gewagt haben.

In unseren Quellen wird nun in der That die Cognatenklasse so aufgefaßt, als sei sie vorzüglich zu dem Zwecke vor-

5) Fr. 1. §. 5—8. unde cognati.

6) S. auch noch fr. 2. §. 5. de suis et legit. Interdum ulteriorem agnatum admittimus, utputa fecit quis testamentum; quum haberet patruum, et patrui filium; deliberante herede scripto patruus decessit, mox heres institutus repudiavit hereditatem; patrui filius admittetur; ergo et bonorum possessionem petere potest.

Digitized by Google

handen, um die nur durch **juris scrupulositas** von der Agnatenklasse Ausgeschlossenen herbeizuziehen. Und es liegt auch so nahe, daß die Römer, wenn sie dieselben nicht als **legitimi** rufen konnten, darauf kamen, ihre Berechtigung auf die Cognation zu stützen. So stellt uns zuerst Gaius die Sache dar, welcher, nachdem er die Mängel angegeben hat, welche die civilrechtlichen Klassen der **sui** und **agnati** enthielten, hinzufügt:

III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.

Diese Emendation sei erlangt durch den **ordo unde liberi** und **unde cognati**, und so zeigt denn auch seine weitere Darstellung in den §. 27—31, daß er den **tertius gradus** d. h. die Cognatenklasse, nicht als ein ganz neues im Gegensatz des Civilrechts aufgestelltes Erbrechtsprincip, sondern recht eigentlich als eine Emendation des Agnatenerbrechts und nebenbei auch des der **sui** auffaßt.

Ganz ebenso wie Gaius, stellen auch die Justinianeischen Institutionen die Sache dar [7]), und wenn auch Beide noch andere Verbesserungen hervorheben, welche der Prätor außer der den entfernteren **agnati** gegebenen **successio** herbeigeführt habe [8]), so dürfen wir doch wohl Letzteres als den ganz besonders hervortretenden Grund annehmen, da es ja das Nächstliegende war, wenn der Prätor **id agit, ne quis sine successore moriatur.**

Jedenfalls sehen wir, daß die Römer die **b. p. unde cognati** als eine Emendation der Agnatenklasse auffassen, und so finden wir denn auch hier, was uns so häufig im Römischen Rechte begegnet. Der Grund der Rechtsfortbildung ist meist nicht das Streben umfassende neue Principien in das Recht einzuführen, sondern die Veranlassung ist gewöhnlich kleinerer Art, es sollte eine Verbesserung in einzelnen Punkten des bestehenden Rechtes eintreten. Die Agnatenklasse bedurfte deren in mancher Hinsicht, man schuf darum **emendandi juris civilis causa** die Cognatenclasse, und so erklärt es sich

7) §. 2 u. 7. I. de legit.

8) z. B. die Berufung der **agnati capite deminuti**, der **feminae quae consanguineorum gradum excedunt.**

Digitized by Google

denn nun auch vollkommen, daß ebenso wie bei den Agnaten rein die Gradesnähe entscheiden sollte [9]). Aber da man nun einmal von den Fesseln der **b. p. unde legitimi** frei war, so verstand es sich von selbst, daß man nicht bloß vom **proximus agnatus** auf den ersten nächstfolgenden Cognaten ging, sondern überhaupt eine ganz vollständige **graduum successio** zuließ [10]).

Als Ausbildung der Agnatenklasse läßt sich die **b. p. unde cognati** loben, als absichtliche Basirung des Erbrechts auf das Cognationsprincip würde man sie höchst unvollkommen nennen müssen. Aber eben diese Cognatenklasse mußte erst gehörige Zeit im Rechtsleben sich eingenistet haben, ehe die Römische Anschauung, die nun einmal bisher das Erbrecht als Ausfluß der Agnation betrachtet hatte, sich umbilden konnte. Da man das Recht der vom zweiten **gradus** Ausgeschlossenen lediglich auf Cognation hatte stützen können, so wurden natürlich jetzt auch Personen zugelassen, die (wie die Mutter gegen ihre Kinder und umgekehrt) nie mit einander im Agnatenverbande gestanden hatten. Um ihrentwillen war die Klasse nicht eingeführt, aber es schadete auch nichts, daß sie die Vortheile derselben mit genossen. Hiedurch wurde man nun erst darauf geführt, es als passend anzusehen, daß auch die

9) Auch die Redeweise der Römer ist hier ganz so wie bei den Agnaten. Ebenso wie man hier den proximus agnatus rief, nannte man auch die neue Klasse: unde proximi cognati fr. 1. §. 9. fr. 9. pr. §. 1. unde cogn. fr. 1. pr. quis ordo. fr. 1. §. 9. ad SC. Tertull. Das Wort scheint im Edict gestanden zu haben, weßhalb sich Ulpian fr. 1. 5—8. unde cogn. auf so genaue Interpretation desselben einläßt.

10) Fr. 1. §. 10. unde cogn. Daß man aber bloß bis zum siebten Grad und regelmäßig sogar nur bis zum sechsten die Cognaten zuließ (fr. 1. §. 3. eod.), erklärt sich aus der allgemeinen Anschauung der Römer, welche dem Cognatenkreis überhaupt diese Gränze setzte. Klenze Cognaten und Affinen. Zeitschr. f. gesch. R. W. VI. S. 102. Der Gedanke Goldschmidts (in Grolmann u. Löhrs Magazin III. S. 354.), daß bei der b. p. unde cogn. unter dem siebten Grade nur das Kind eines sobrinus mit einer sobrina gemeint sei, hat keine genügenden Gründe für sich. — Uebrigens sind cognati im juristischen Sinne nur die mortis tempore Concipirten. fr. 6. u. 8. pr. de suis et legit. (welche bei Julian offenbar zusammenhingen).

Digitized by Google

Cognation zum selbstständigen Grunde des Erbrechts gemacht werde, und daß derselben, gerade weil die b. p. unde cogn. nicht von diesem Gesichtspunkte aus eingeführt war, eine genügendere Stellung zu geben sei. Daß parentes und liberi den Seitenverwandten, auch den agnatischen, vorausgestellt würden, daß sie ein selbst gegen ein Testament zu realisirendes Recht hätten, gehörte wesentlich dazu, sobald man davon sprechen wollte, daß das Römische Erbrecht, wenn es auch die Agnation noch beibehielt, das Princip der Cognation in sich aufgenommen habe. In der That aber gelangte man in gar nicht langer Zeit hierzu. Die Centumvirn gewährten namentlich den parentes et liberi die querela inoff. test. und eigene Senatusconsulte führten ein an besserer Stelle stehendes Erbrecht der Kinder gegen die Mutter, und der Mutter gegen die Kinder ein. So war wirklich jetzt das Princip geschaffen, das nun nach und nach dem Agnatenrechte immer mehr Boden abgewann, und es am Ende ganz verdrängte. Die b. p. unde cognati war, wie mir scheint, sehr viel mehr die Ursache, daß sich dies Princip erst bilden konnte, als daß sie bereits als eine Aeußerung seines Vorhandenseins aufzufassen wäre. Indem man das Agnatenrecht emendiren wollte, hatte man eine Bahn betreten, die viel weiter fortführte, als man anfangs im Auge gehabt hatte.

§. 65. Aus der bisherigen Darstellung geht nun auch schon hervor, wie wir uns das Verhältniß der b. p. unde cognati zur Gentilenklasse zu denken haben. Beide nämlich bestanden, wie sich entschieden nachweisen läßt, noch zu Cicero's Zeit neben einander. Wenn wir aber in den Quellen die deutliche Hinweisung finden, daß die Cognatenklasse als Emendation der Agnatenklasse aufgefaßt wurde, so folgt sehr natürlich, daß die Berufung der cognati gleich hinter der der agnati gestanden haben wird. Zu diesem Resultate gelangen wir auch in der That mit dem oben über die b. p. unde gentiles Gesagten, und so gewährt es neue Beweiskraft für die Richtigkeit unserer Untersuchungen, daß wir die beiden durch verschiedene Gründe bewiesenen Punkte in genauem Einklange sich verbinden sehen.

Digitized by Google

An und für sich nämlich muß man allerdings sagen, daß die Cognaten in der Prätorischen Reihenfolge hinter den Gentilen stehen. Der **ordo unde legitimi** ist eine Einheit, die, wenn auch in drei Klassen zerfallend, doch eine Auseinanderreißung durch eine zwischengeschobene Prätorische Klasse unmöglich zuläßt, die Quellen sagen entschieden, daß die Cognaten erst hinter den **legitimi** gerufen wurden [1]), also so lange das Recht der Gentilen noch vorhanden war, standen sie als **legitimi** auch in der **b. p.** den Cognaten voran. Aber das kann uns auch gar nicht wundern, da wir gefunden haben, daß die **b. p. unde cogn.** vorzugsweise dazu dienen sollte, um die **ceteri agnati** zuzulassen, da diese aber nie vorhanden waren, wenn Gentilen gerufen wurden, so verstand es sich freilich von selbst, daß die Uebrigen in die **b. p. unde cogn.** mit Aufgenommenen, allerdings erst kommen konnten, wenn die Agnitionsfrist der Gens verstrichen war, so wie diese auch noch immer die **b. p.** zur **sine re** machen durfte. Dagegen wenn hinter einem **proximus agnatus** entferntere Agnaten standen, und das mußte ja ein sehr häufiger Fall sein, so waren die Gentilen jedenfalls von der Succession ausgeschlossen, es wurden also gleich die Cognaten und hinterdrein **vir et uxor** gerufen. Im practischen Resultat gingen mithin doch in den meisten Fällen die prätorischen Erbklassen den wirklich vorhandenen Gentilen vor. Sie konnten die **b. p.** nicht zur **sine re** machen, denn sie hatten ja kein Civilerbrecht, und sie waren von der **b. p.** ausgeschlossen, weil der Prätor, trotz der Präsumtion, der vor ihnen Gerufene (**proximus agnatus**) sei nicht vorhanden [2]), dennoch nicht fingiren konnte, sie seien die vom Civilrecht Gerufenen [3]) (**legitimi**) **heredes.**

So zeigte also die **b. p. unde cognati** sehr häufig auch in der äußeren Fristenfolge, daß sie zur Emendation der Agnatenklasse, gleich an dieselbe sich anknüpfend, aufgestellt wor-

1) Fr. 1. pr. quis ordo — Intestati hi gradus vocantur: primum sui heredes, secundo legitimi, tertio proximi cognati, deinde vir et uxor. fr. 1. §. 1. si tab. test. null.

2) Fr. 1. §. 10. de succ. ed.

3) Tum uti proximum quemque potissimum heredem oportet, ita secundum cum b. p. dabo.

Digitized by Google

den sei. Und es kann uns nun auch nicht auffallen, daß der Prätor in diesen Fällen, wo Cognaten und Ehegatten vorgingen, nicht darauf kam, etwa hinter diesen Klassen wieder noch eine neue zu proponiren, in der die Gentilen als nicht-legitimi die b. p. erbitten dürften. Für Successoren war durch jene Klassen genug gesorgt, das Gentilenrecht dagegen war damals schon zu sehr veraltet, und dem Erlöschen nahe. Der Prätor brauchte also nicht mehr für sie zu thun, als was ihr Recht als legitimi von selbst mit sich brachte.

Hiemit aber wird es nun noch um so erklärlicher, daß das Erbrecht der Gentilen bis zu Gaius Zeit ganz außer Uebung kam, denn auch wo sie vorhanden waren, wurden sie doch keineswegs immer zu den bona gerufen.

§. 66. Ueber die Zeit, wann die Cognatenklasse aufgekommen sein mag, läßt sich nichts weiter sagen, als daß sie zu Cicero's Zeit entschieden bestand. Wie lange sie damals schon eingeführt war, wird sich wohl nie ausmitteln lassen.

Dies Bestehen zu Cicero's Zeit folgt nun freilich nicht aus den im ersten Bande aus den Verrinen mitgetheilten Edictworten, denn in diesen ist nichts enthalten, als die ordinum successio unter den Civilklassen, aber nichts hindert auch anzunehmen, daß gleich hinter diesen Worten der Cognaten Erwähnung geschehen sei. Cicero spricht nämlich von der ihnen gegebenen b. p. im c. 60 der Rede pro Cluentio [1]).

> **Objectum est, C. Vibium Capacem ab hoc A. Cluentio veneno esse sublatum. Opportune adest homo summa fide, et omni virtute praeditus, L. Plaetorius, senator, qui illius Capacis hospes fuit et familiaris; apud hunc ille Romae habitavit, apud**

1) Daß es zu Cicero's Zeit überhaupt hereditatis possessiones außer der sec. tab. und unde legitimi gab, folgt auch schon aus der §. 64. Note 2. mitgetheilten Stelle, aus der sich auch allenfalls entnehmen läßt, daß damals die nicht auf Civilrecht ruhenden Klassen im Edicte noch nicht genau regulirt waren, sondern bei der Ertheilung in jedem einzelnen Falle dem Prätor ein freieres Ermessen in Berücksichtigung der aequitas Raum ließen, als dies später der Fall war.

Digitized by Google

hunc aegrotavit, hujus domi est mortuus. At heres est Cluentius? — Intestatum dico mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto huic illius sororis filio, adolescenti pudentissimo et imprimis honesto, equiti Romano, datam Numerio Cluentio, quem videtis.

Um zu beweisen, daß Aulus Cluentius den Capar nicht ermordet haben könne, argumentirt Cicero so: Aulus würde dies doch nur gethan haben, um, wenn ihn Capar zum Erben eingesetzt hätte, bald zur Erbschaft zu gelangen. „Also er ist doch Erbe? Keineswegs! Capar hat vielmehr gar kein Testament gemacht, und seiner Schwester Sohn, Numerius Cluentius, hat **ab intestato die b. p.** erhalten.“

Allerdings ist hier von einem Schwestersohn des Capar, (**illius**, wie er schon vorher zweimal bezeichnet wird) und nicht des Aulus Cluentius die Rede [1a]), ein solcher aber kann nur durch die **b. p. unde cognati** zur Erbschaft gelangen, so daß also das Bestehen derselben zu Cicero's Zeit außer Zweifel gesetzt ist.

Nicht gleiche Beweiskraft möchte ich einer anderen Stelle beilegen, welche Fabricius a. a. O. aus derselben Rede **pro Cluentio** anführt:

c. 15. Avitus usque ad illius judicii tempus nullum testamentum unquam fecerat; neque enim legare ejusmodi matri, poterat in animum inducere, neque testamento nomen omnino praetermittere parentis. Id quum Oppianicus sciret (neque enim erat obscurum), intelligebat, Avito mortuo, bona ejus omnia ad matrem esse ventura, quae ab sese postea, aucta pecunia, majore praemio, orbata filio, minore periculo necaretur; itaque his rebus incensus, qua ratione Avitum tollere conatus sit, cognoscite.

Fabricius schließt hier: „Der Anfall der **hereditas** des Avitus an seine Mutter konnte ersichtlich nur durch den Erwerb der **b. p. unde cognati** erfolgen, welche Cicero demnach

1a) S. auch Fabricius. b. p. S. 53.

Digitized by Google

als ein so bekanntes Institut behandelt, daß er es gar nicht für nöthig hält, die Sache noch irgend näher zu erörtern." Er muß hiebei aber selbst schon supponiren, daß Cluentius oder dessen Vater ein emancipirter Sohn gewesen sei, weil ja sonst die Erbschaft an die Agnaten (z. B. jenen Numerius Cluentius) hätte fallen müssen.

Ebensogut aber läßt sich denken, daß die Mutter des Cluentius **in manu** seines Vaters gewesen, und sie also die **consanguinea** ihres Sohns war. Dann fiel ihm die Erbschaft nach Civilrecht zu, und darauf scheinen Cicero's Worte eher zu deuten. Jedenfalls ist die Stelle für die **b. p. unde cognati** ohne entschiedene Beweiskraft.

Es bleibt uns nur noch übrig zu fragen, ob auch hier bei der **b. p. unde cognati** ebenso die Unterscheidung von bedingenden und vernichtenden Beweisen angenommen werden dürfe, welche wir im ersten Bande sowohl für die **sec. tab.** als die **unde legitimi b. p.** gerechtfertigt haben. Mir scheint die Bejahung keinem Bedenken zu unterliegen, wenn gleich die Quellen uns hier auch wieder nicht reichlich fließen, weil dies überhaupt Sache der Prätorischen Cognition war, über die ganz feststehende Sätze und formelle Regeln des Beweisverfahrens gar nicht bestanden. Die Nachweisung, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei, wird man hier ebenso verlangt haben, als wir dies schon bei den anderen Klassen annehmen durften. Dagegen wenn Modestin in **fr. 7. unde cogn.** sagt: **is qui aliqua ratione servus factus est, manumissione nulla ratione recipit cognationem**, so wird man daraus doch nicht ableiten wollen, daß der Nachsuchende gleich hätte darthun müssen, er habe in seinem Leben keine **maxima cap. dim.** erlitten; wobei es aber doch nicht weniger unzweifelhaft bleibt, daß wenn das Gegentheil hintendrein sich herausstellte, die **b. p.** eben so sehr als **non data** erschien, als der Prätor sie von vorn herein verweigerte, wenn er diesen Umstand schon wußte.

Mir scheint es sich ziemlich einfach zu ergeben, worauf der Prätor bei Ertheilung der **b. p. unde cognati**, rücksicht-

Digitized by Google

lich der Persönlichkeit des Nachsuchenden, besonders gesehen haben wird. Er wird, wenn er nichts von dem wußte, der vor ihm erschien, sich einestheils überhaupt das Verwandtschaftsrecht haben nachweisen lassen, und namentlich nach dem Grade der Verwandtschaft gefragt haben, denn über den siebten Grad hinaus ertheilte er keine b. p. [2]). Anderntheils muß er sich auch noch haben begründen lassen, daß man **proximus cognatus** sei. Dies war, als Haupterforderniß des Edicts, auch der Hauptpunkt bei der Ertheilung im einzelnen Falle. Wollten wir dies nicht annehmen, so müßten wir sagen, alle Cognaten wären zusammen in einer und derselben Frist gerufen worden, und hier hätte es sich durch das Auftreten Aller gezeigt, wer unter ihnen der nächste war. Aber es wird uns entschieden gesagt, daß die b. p. beim Hintereinanderstehen von Mehren dem Folgenden erst deferirt werde, wenn der Vorhergehende weggefallen sei, erst dann beginnt also die Frist für jenen zu laufen. Zu dem Wegfallen des Näherstehenden gehört aber auch das **tempore excludi** [3]), also die Frist des Einen fängt erst an zu laufen, wenn der ihm Vorgehende seine Frist nicht benutzt hat. Diese gradatim fortschreitende Delation der b. p. [4]), dieses Zurückgewiesenwerden der Späteren so lange Nähere noch etwa agnosciren konnten [5]),

---

2) Fr. 9. pr. unde cogn. — Octavi gradus agnato jure legitimi heredis, etsi non exstiterit heres (d. h. wenn ein Anderer in einer früheren Civilklasse vorhanden ist) possessio defertur; ut proximo autem cognato, quamvis exstiterit heres, non defertur. Diese Stelle ist wieder ein neuer Beweis für das Bd. I. Einleitung S. XV. Gesagte. S. §. 68. Note 2.

3) Fr. 10. unde cogn. — Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam et praegnantem matrem ex alio marito. Quaero: si mater hereditatem repudiaverit, dum adhuc praegnans est, posteaque enixa fuerit Semproniam, an etiam Sempronia bonorum Titiae possessionem accipere possit? Respondit: si mater hereditate exclusa esset, eaque, ut proponeretur, postea nata esset, accipere posse.

4) Fr. 1. §. 10. eod. Gradatim autem admittuntur cognati ad bonorum possessionem, ut qui sunt primo gradu omnes simul admittantur. Fr. 9. de b. p.

5) Fr. 1. §. 8. eod. Si quis proximior cognatus nasci speretur,

Digitized by Google

ſetzen doch nothwendig voraus, daß das **proximum esse** Bedingung für die Ertheilung der b. p. war.

§. 67. 2) Die b. p. **unde vir et uxor** bedarf nur weniger Worte. Wann ſie eingeführt worden, wiſſen wir nicht, und auch daß ſie zu Cicero's Zeit beſtand, vermuthen wir nur daraus, daß die ſo gleichartigen Klaſſen der b. p. **unde cognati** und **unde vir et uxor** wohl nicht lange hintereinander aufgeſtellt ſein werden [1]). Wo Cognaten auftreten, da ſind auch die Affinen nicht weit, und wenn gleich die eigentliche Affinität nie Grund des Erbrechts geworden iſt, ſo hat man doch wenigſtens das Gattenverhältniß, welches die Baſis der Affinität iſt, und auch hie und da ſelbſt Affinität genannt wird, mit Recht für ein genügend nahes Verhältniß gehalten. Als daher einmal die Cognaten zur Emendation der Agnatenklaſſe ins Erbrecht hineingezogen waren, wird man auch nicht lange gezögert haben, daran die Ehegatten, als letzte Inteſtatklaſſe anzuknüpfen.

Auch hier wird der, welcher vor dem Prätor erſchien, und ohne daß dieſer ihn kannte, b. p. erbat, ſich haben legitimiren müſſen. Die beiden Hauptpunkte, von welchen die Gültigkeit derſelben abhängt, ſind: **justum matrimonium** und Beſtehen deſſelben **mortis tempore**. Von dem erſteren Punkte läßt ſich mit Sicherheit ſagen, daß ſie kein bedingender Beweis war:

> **Fr. un. pr. unde vir et uxor. — Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Ceterum si injustum fuerit**

---

in ea conditione est, ut dici debeat, obstare eum sequentibus. Sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur.

1) Mit Recht verwirft ſchon Fabricius b. p. S. 54. das Argument, welches man aus der zuletzt angeführten Stelle Cicero's pro Cluent. zu ziehen verſucht ſein möchte; wenn man nämlich ſupponirte, daß Oppianicus, der auf das Vermögen ſeiner Frau rechnete, dazu durch die b. p. unde vir et ux. zu gelangen dachte. Das ging auch durch in manum conventio, oder durch teſtamentariſche Einſetzung, wozu er ſeine Frau bewegen konnte.

Digitized by Google

matrimonium, nequaquam b. p. peti poterit, quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bon. possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest.

Der Ausdruck **b. p. peti non potest** heißt, wie wir gesehen haben, im Allgemeinen nur, daß die ertheilte b. p. als **non data** erscheint, und umgekehrt der Prätor, wenn er den hindernden Umstand schon kennt, sie gleich verweigert; es liegt aber nicht auch das an und für sich darin, daß der Nachsuchende gleich das Nichtvorhandensein dieses Umstandes beweisen mußte. Wir sehen dies hier entschieden aus der Zusammenstellung mit der **sec. tab. b. p.**, bei welcher, wie wir wissen, nur die Besiegelung, so wie die Civität und das **sui juris esse** bedingender Beweis war.

Anders läßt sich dagegen schon bei der zweiten Voraussetzung urtheilen. Ulpian scheint sie in einem gewissen Gegensatze im gleich folgenden §. 1. aufzufassen:

Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore.

Sicher freilich ist daraus nicht zu ersehen, daß Ulpian von einem bedingenden Beweise spreche, und wenn wir es auch annehmen wollten, so müßte doch gewiß von den Ausnahmen, die er gleich mit **sed** daran anknüpft, das Umgekehrte gesagt werden:

Sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen jure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in hujusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divertit, lex Julia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono. Item Julia lex de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet.

Unmöglich kann der Prätor das Nichtvorhandensein solcher der b. p. entgegenstehender Gründe als allgemein zu liefernden Beweis verlangt haben, dagegen daß er forderte, man müsse sich als hinterbliebenen Ehegatten ausweisen, also das Bestehen der Ehe **mortis tempore** darthun, scheint mir deß-

Digitized by Google

halb so natürlich, weil die Legitimation, daß man überhaupt Ehegatte sei, ziemlich von selbst es mit sich bringt, daß hier nur vom **mortis tempus** geredet werden könne. Der Prätor kann doch, wenn er von der Person des Nachsuchenden gar nichts wußte, ihm die **b. p.** nur gegeben haben, falls dieser sich etwa durch Zeugen als Ehegatten des Verstorbenen auswies, und da war es denn doch sehr naheliegend, daß gleich das Bestehen der Ehe bis zum Tode des Erblassers zur Sprache kam.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Erweiterungen des Notherbenrechts durch die b. p. contra tabulas.

§. 68. Alle Theile der b. p., die wir bis jetzt haben kennen lernen, stehen unter einem und demselben Principe, sie sind ganz dem Begriffe gemäß, welchen die Römischen Juristen überhaupt von der b. p. aufstellen. Diese ist eine fingirte Universalsuccession, von der Justinian ausdrücklich sagt, sie sei **emendandi juris civilis gratia** geschaffen, und auch die wichtigste der neu vom Prätor aufgestellten Klassen (**unde cognati**) wird uns von Gaius unter demselben Gesichtspunkte dargestellt. Gerade weil das ganze Prätorische System, soweit wir jetzt gelangt sind, lediglich Emendationen enthält, so folgt von selbst, daß es mit dem Civilrecht nicht in Widerspruch steht. Es ist ein **jus persequendi retinendique patrimonii**, so lange der vorhandene wahre **heres** dasselbe bestehen lassen will, es ist also an und für sich nur ein interimistisches Recht. Es giebt keine b. p., wodurch dem **heres** sein Recht entzogen würde, m. a. W. die ihrem Begriff nach **cum re**, also definitives Erbrecht, wäre.

Der Ausdruck Emendation dient mithin überhaupt zur Bezeichnung des ganzen eigentlichen Wesens der b. p. Er bezieht sich nicht bloß auf die ganz neu vom Prätor **supplendi jur. civ. gratia** aufgestellten, er umfaßt auch die **confirmandi gratia** gegebenen Klassen. Denn ganz abgesehen da-

Digitized by Google

von, daß der Prätor Einzelnes darin verbessert, z. B. den unter einer Bedingung Eingesetzten, ferner den **postumus alienus institutus** [1]) zur **sec. tab. b. p.** zuläßt, die Hauptemendation der civilrechtlichen Klassen bleibt immer die, daß er unter ihnen eine Succession giebt, so daß z. B. wie Papinian sich ausdrückt (§. 66. Note 2.) ein Agnat, **etsi non exstiterit heres** [2]), dennoch als **legitimus** zur **b. p.** gerufen werden konnte.

Diesem Grundwesen der **b. p.** stehen nun noch zur Zeit der klassischen Juristen andere Theile unserer Lehre gegenüber; welche nicht gleichmäßig sich darunter vereinigen lassen. Es sind dies drei verschiedene Punkte: die **contra tabulas**, die **unde liberi**, und einzelne singulare Fälle der **sec. tab. bonorum possessio**. Ich muß hier gleich das gemeinsame Wesen dieser drei Lehren genauer charakterisiren; sie werden uns in den vor uns liegenden drei Kapiteln beschäftigen.

Es ist hier nicht mehr von Emendation, sondern von Impugnation oder Correction des Civilrechts die Rede. Wir dürfen dies aber nicht so verstehen, daß unter einer **corrigendi jur. civ. causa** gegebenen Klasse eine solche gemeint sei, welche immer **cum re** wäre. Die **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Testament ist stets **cum re**, und doch eine confirmatorische Klasse. Und umgekehrt die **unde liberi b. p.** ist eine correctorische, und kann doch jedenfalls vom **scriptus heres** zur **sine re** gemacht werden.

Aus dem vorher angegebenen Begriffe der Prätorischen Emendation läßt sich vielmehr leicht ableiten, was wir unter ihrem Gegensatze, den correctorischen Klassen, zu verstehen haben. Alle Klassen, die wir bisher kennen lernten, können freilich insgesammt **cum re** sein, aber wenn ein Nicht-**heres** sie agnoscirt hat, so können sie zur **sine re** werden. Eben weil das Recht des **heres** nicht ausgeschlossen ist, dienen sie nur zur Emendation des Civilrechts. Die correctori-

---

1) **Pr. I. de b. p.**

2) D. h. wenn ein **scriptus** oder **suus** vorhanden ist, dem die **hereditas** deferirt wird, nicht aber ein näherer Agnat, denn dann erhielt der entferntere nicht als **legitimus** die **b. p.**

Digitized by Google

schen Klassen aber sind solche, die nicht bloß in Ermangelung eines **heres**, sondern auch gegen gewisse ihnen gegenüberstehende **heredes cum re** sein sollen. Gerade darin, daß der **heres** hier seines Erbrechts verlustig erklärt wird, liegt die Correction des Civilrechts. Wer diese **heredes** seien, gegen welche die **b. p. cum re** sein soll, richtet sich nach der Stelle, wo in der Prätorischen Klassenfolge, wie wir sie bis jetzt kennen (**sec. tab. — sui — agnati — gentiles — cognati — vir et uxor**), die neue Klasse eingeschoben wird. Gegen alle hinter ihr Stehenden ist der **bon. possessor** geschützt, gegen die, welche selbst bloß Prätorisches Recht haben, dadurch, daß keine weitere **b. p.** mehr ertheilt wird, gegen die, welche auch civiles Recht haben, durch Denegation der **her. pet.** oder **exceptio** [3]) wider dieselbe. Dies folgt schon mit Nothwendigkeit aus dem Ausdruck **corrigendi jur. civ. gratia.** Der Prätor mußte die Klasse, welche die Correction enthielt, derjenigen voransstellen, die impugnirt werden sollte, und aus der Stellung der Klasse im Prätorischen Erbsystem erkennt man also die Gränzen der Correction, indem natürlich die derselben vorstehenden Klassen, wenn in ihnen der **heres** steht, die **b. p.** noch immer **sine re** machen können.

Hieraus folgt also schon die Antwort für die allgemeine Bedeutung der drei neuen Klassen, die wir jetzt zu untersuchen haben.

1) Die **contra tabulas** wurde bekanntlich vor die **sec. tab. b. p.**, also vor das ganze bisherige Prätorische Erbsystem gestellt, sie ist daher die einzige der neuen Klassen, welche man, sobald sie ertheilt ist, auch absolut **cum re** nennen kann. Dabei bleibt aber der bisherige Satz vollkommen bestehen, daß auch die **sec. tab.**, so weit ich sie im ersten Bande dargestellt habe, d. h. die (**confirmandi juris civilis gratia**) **ex jure facto testamento** gegebene **b. p.** stets **cum re** ist; denn wenn sie ertheilt wurde, so war die Frist der **c. t.** ver-

3) **Fr. 15. de b. p. c. t.** — Wenn die b. p. schon ertheilt war, denegirte der Prätor wohl einfach die **her. pet.**, sonst aber gab er die **exceptio: si non (contra tabulas** oder **unde liberi) b. p. filio dari potest.**

Digitized by Google

säumt, und der prätorische Notherbe konnte ihr so wenig etwas anhaben, als die späteren auch civilen Erbklassen.

2) Die **unde liberi b. p.** wurde bekanntlich zwischen die **secundum tabulas jure factas** und die **unde legitimi** eingeschoben, sie ist also nicht wie die **c. t.** und **secundum tab.** absolut **cum re**; sie ist ja nur correctorisch für die Klassen, vor denen sie eingeschoben wurde, also für die **legitimi.** Ein **scriptus heres** dagegen kann ihr den **effectus** entziehen [4]).

3) Zuletzt wurde noch eine singuläre Klasse der **b. p.** zu Gunsten gewisser nach Civilrecht ungültiger Testamente gegeben, für welche also die **confirmandi j. c. gr.** bestehende **b. p. sec. tab.** an und für sich nicht galt. Wir wollen sie einstweilen die **b. p. sec. tab. non jure factas** nennen. Sie wurde eingeschoben zwischen der bisher bestehenden **b. p. sec. tab. jure factas** und der **b. p. unde liberi.** Sie war also ebenfalls nur correctorisch für die **legitimi**, wogegen ein **jure scriptus heres** sie zur **sine re** machen kann. —

Indessen können wir diesen dritten Fall hier ganz außer Acht lassen, weil die Veränderung des bisherigen Civilrechts, welche darin enthalten ist, nicht durch den Prätor, sondern durch kaiserliche Rescripte, also wiederum durch Civilrecht bewirkt wurde. Es wird davon genauer im vierten Kapitel die Rede sein. Die Römer zählen ihn gar nicht unter die **corrigendi juris civilis gratia** aufgestellten Klassen, da sie bei diesem Ausdruck natürlicher Weise nur die Fälle im Auge haben, wo der Prätor kraft eigener Machtvollkommenheit dem Civilrecht direct entgegentritt. Hiefür bleiben uns also nur die **c. t.** und **unde liberi b. p.** übrig.

Diese beiden Klassen nun aber, stehen sie nicht dem eigentlichen Wesen und Begriff der **b. p.** geradezu entgegen? Wir müssen dies allerdings von vorn herein anerkennen, gerade so wie dies auch schon die Römer thun, indem sie sie als correctorische Klassen dem übrigen Gebiete der **b. p.** entgegensetzen [5]). Aber wir haben auch gleich noch genauer an-

---

4) **Gai. III. 36.**

5) Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß die Eintheilung der **b. p.** in

Digitized by Google

zugeben, wie wir uns dies eigentlich zu denken haben. Ein großer Theil des Auffallenden, welches man auf den ersten Blick darin finden möchte, wird damit verschwinden, und wir werden uns dadurch vor exorbitanten Folgerungen bewahren, welche man theilweise hieraus schon gezogen hat.

Man könnte nämlich einestheils auf den Gedanken kommen, daß, wenn wir hier eine Ausnahme von der allgemeinen Natur der b. p. annehmen, ebendeßhalb was wir als Grundwesen der b. p. hingestellt haben, wohl nicht richtig sein mögte. Aber wenn meine bisherigen Beweisführungen nicht aus anderen Gründen Schwächen enthalten, so fürchte ich nicht, daß sie hier einem Hinderniß begegnen. Jedenfalls würde die Gestalt der b. p., wie sie zu Cicero's Zeit angenommen werden muß, dadurch gar nicht afficirt sein, denn damals gab es, wie wir dies noch genauer verfolgen werden, weder c. t. noch unde liberi b. p. Das Wesen der b. p. müßte also erst nachher durch die Aufstellung dieser Klassen umgeworfen worden sein, davon ist aber gar keine Spur, und

---

die corrigendi, supplendi und confirmandi gr. proposita bei den Römischen Juristen gar nicht die große Rolle gespielt hat, wie in unseren Büchern. Wir schöpfen sie aus den Justinianeischen Institutionen. Paulus in fr. 6. §. 1. de b. p. erwähnt sie gar nicht, während sie ihm hier doch so nahe gelegen hätte. In fr. 7. §. 1. de just. et jure ist nur im Allgemeinen von der Thätigkeit des Prätors die Rede. — Ich will damit nicht behaupten, daß die ganze Sache den Römischen Juristen fremd gewesen wäre, und Justinian im pr. u. §. 1. I. de b. p. nicht wahrscheinlich sich nach klassischen Autoren richte. Ebendeßhalb habe ich auch im Texte mich darauf gestützt, um das Wesen der verschiedenen bonorum possessiones zu charakterisiren, und es ist gar nicht zu leugnen, daß die b. p. c. t. und unde liberi eine Correction des Civilrechts enthalten. Aber um so mehr muß auch hervorgehoben werden, daß die Römischen Juristen alle übrigen Theile der b. p. als Emendation des Civilrechts auffassen, ja noch mehr, daß ihnen auch die c. t. und unde liberi, die freilich formell correctorisch waren, nach ihrem ganzen inneren Wesen lediglich als Emendationen erschienen. Dies wird aus dem Verlauf der Darstellung deutlich genug hervorgehen; und so kann man denn ohne Fehler recht gut sagen, die b. p. sei emendandi jur. civ. gratia nicht bloß eingeführt, sondern auch vom Prätor fortgebildet.

Digitized by Google

wenn wir diese beiden Klassen nur etwas näher ins Auge fassen, so kann, wie mir scheint, davon gar nicht die Rede sein. Die Umgestaltung hätte ja nur die sein können, daß der Begriff der **b. p.** als wesentliches Requisit den des definitiven Behaltens der Erbschaft (**cum re**) jetzt in sich aufnahm. Aber die Bedeutung der übrigen Klassen wurde doch durch jene zwei Klassen an und für sich gar nicht verändert, die **b. p. unde liberi** ist auch überhaupt gar keine volle Ausnahme von der bisherigen Gestalt der **b. p.** Nach der Seite der **legitimi** ist sie es freilich, nach der des **scriptus heres** ist es noch immer unsicher, ob sie **cum** oder **sine re** sein werde. Es bleibt also nur als volle Ausnahme die **c. t. b. p.** übrig, die allerdings stets **cum re** war, aber daß dadurch nun auch das übrige System verändert worden sei, dafür giebt es gar keinen Anhaltspunkt. Und so ist es ja denn auch aus den Schriften der klassischen Juristen, die diese Ausnahme vollkommen kennen, unzweideutig zu ersehen, daß die **b. p.** ihnen nichts ist, als das **beneficium** der Prätorischen Machtvollkommenheit [6]), welches den Besitz des Erbrechts (**juris possessio**) verleiht [7]), also eine an und für sich nur interimistische **fictitia hereditas** ist [8]). Es waren eben nur durch die **c. t.** und **unde lib. b. p.** die Fälle der **b. p. cum re** der Zahl nach um einige vermehrt worden. Und freilich waren die neuen Fälle den alten dadurch ungleichartig, daß jetzt auch gegen den Willen des vorhandenen **heres** die **b. p. cum re** sein konnte. Aber daß damit doch noch nicht der Grundbegriff der **b. p.** umgeworfen war, ist einleuchtend.

Bedeutender scheint folgende aus den correctorischen Klassen gezogene Schlußfolgerung. Da im ganzen übrigen System der **b. p.** sich nur Emendationen des Civilrechts finden, so scheint schon das anzudeuten, daß überhaupt die Befugniß des Prätors nicht weiter reichte, daß er nicht die Macht hatte, direct dem Civilrecht entgegenzutreten. So könnte man denn versucht sein, diese Klassen sich als gar nicht durch die Hand

6) **Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. de jurisd.**
7) **Fr. 3. §. 1. de b. p.**
8) **Gai. III 32. Ulp. XXVIII. 12.**

Digitized by Google

des Prätors eingeführt zu denken. Danach hat in der That Fabricius ihren Ursprung in kaiserlicher Thätigkeit, Bachofen in der Praxis der Centumvirn zu finden gemeint [9]). Aber muß uns davon nicht schon abbringen, daß unsere Quellen so oft diese Klassen, ganz ebenso wie die übrigen, der Prätorischen Thätigkeit zuschreiben, ohne irgend eine Spur, daß hier etwas vorliege, was aus eigener Autorität kein Prätor hätte einführen dürfen [10])?

Charakterisirt doch auch Papinian das **jus praetorium** ganz allgemein als solches, **quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam** [11]). Warum sollen diese drei Gestaltungen nicht auch im Erbrechte sämmtlich zulässig gewesen sein?

Ich will damit nicht sagen, daß der Prätor jeden beliebigen Punkt des Civilrechts hätte außer Geltung setzen können. Auch Papinian setzt hinzu, wohl mit besonderer Rücksicht auf die Correctionen, daß sie auf **utilitas publica** basirt sein müßten. Jedenfalls würde, was dieser widersprach, nicht **jus tralatitium** geworden sein.

Gerade aber hier bei diesen beiden Klassen der **b. p.** läßt es sich sehr klar nachweisen, daß die **utilitas publica** und eine **naturalis ratio** es ziemlich von selbst mit sich brachte, eine Correction des Civilrechts eintreten zu lassen. Wir können dies wohl nicht schlagender beweisen, als dadurch, daß Gaius da, wo er von der **b. p. unde liberi** spricht, die darin liegende Correction gar nicht erwähnt, sondern sie lediglich als **emendandi juris civilis gratia** gegeben darstellt [12]). Wir haben schon gesehen, daß Gaius den **tertius gradus (unde cognati)** als Emendation der Agnatenklasse

---

9) S. Bd. I. Einl. S. XXX. XXXIV.

10) Ich brauche hierfür wohl keine einzelne Stellen zu citiren.

11) Fr. 7. §. 1. de just. et jure.

12) Man muß nicht etwa glauben, das emendare sei gleichbedeutend mit corrigere (oder impugnare). Es wird (gleichbedeutend mit supplere) diesem, so wie dem adjuvare (oder confirmare) gegenübergesetzt. §. 1. I. de b. p.

Digitized by Google

auffaßt, damit auch die capite deminuti und die ferneren Agnaten gerufen würden. Und ganz ebenso ist ihm der ordo unde liberi eine Emendation der den sui schon zustehenden Klasse [13]).

III. 25. Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt. §. 26. Nam liberos omnes, qui legitimo jure deficiuntur, vocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, sive soli sint, sive etiam sui heredes, id est qui in potestate patris fuerunt, concurrant.

Können wir dies aber von der b. p. unde liberi sagen, so wird die folgende Darstellung zeigen, daß es noch viel mehr von der c. t. b. p. gilt, bei der auch Gaius ihre correctorische Natur gar nicht erwähnt. Die Entstehung dieser ist nichts als die Erweiterung eines schon im Civilrecht bestehenden Satzes, dessen eigenthümlich enge Fassung ferner bestehen zu lassen, eine juris iniquitas gewesen wäre, die der Prätor unmöglich dulden konnte. Freilich mußte, indem das Recht der Einen erweitert wurde, dadurch das Recht der Anderen (der scripti heredes) um ebensoviel zurückgedrängt werden, und in dieser Hinsicht erscheint die c. t. als Impugnation des Civilrechts, aber das hindert nicht, sie von der anderen Seite doch nur als Emendation eines anderen civilrechtlichen Satzes aufzufassen, den die publica utilitas so dringend gebot, daß an der Berechtigung des Prätors dazu wohl kein Zweifel obwalten konnte. Dem haben wir nun in einer weitläuftigen Untersuchung tiefer nachzuforschen.

§. 69. Schon oben (Bd. I. S. 142.) hat sich herausgestellt, daß die contra tabulas bonorum possessio zu Cicero's Zeit sich noch nicht finden läßt. Es muß jetzt ge-

13) S. auch Bd. I. Einl. S. XV. — Daraus folgt aber nicht, daß die Klasse der liberi und die der sui in eine einzige zusammengeschmolzen wurden, obgleich, wie wir unten sehen werden, wahrscheinlich keine verschiedenen Deliberationsfristen für beide bestanden, und man deßhalb die zweite Frist der sui scheinbar zur Agnatenklasse schlug.

Digitized by Google

prüft werden, welche positiven Gründe ihrer Entstehung unsere Quellen uns darbieten, und daraus wird denn auch annäherungsweise auf die Zeit ihrer Einführung geschlossen werden können.

Bereits seit geraumer Zeit stehen sich in Bezug auf die Entstehungsursachen dieser Erbklasse zwei Ansichten gegenüber, welche beide auch noch wieder in neuester Zeit ihre Vertheidiger gefunden haben. Die eine, auch von Fabricius [1]) angenommene ist, daß die c. t. eingeführt sei, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den sui nach jus civile zustand, zu ertheilen. Der Prätor habe die Emancipation als nicht geschehen fingirt, und so sämmtlichen Kindern zu einem und demselben Rechtsmittel die Berechtigung ertheilt.

Mir scheint diese Erklärungsweise keineswegs geeignet, die in der c. t. b. p. liegenden Eigenthümlichkeiten gehörig verständlich zu machen. Wollte der Prätor die Emancipirten den civilrechtlichen Notherben gleichstellen, und wollte er dies durch die Fiction der nicht geschehenen Emancipation thun, weßhalb bewirkt denn nicht die c. t. die Eröffnung der reinen Intestaterbfolge, die doch sicher eintrat, wenn ein filius suus präterirt ist? Diese Intestaterbfolge ist aber, wie wir nachher sehen werden, durchaus nicht die Folge der c. t. Man möge nicht einwenden, der Prätor könne kein jure civili gültiges Testament ungültig machen. Aber er kann doch dessen völlige Ungültigkeit fingiren, und also auch fingirte Intestatsuccession einführen. Und zu diesem Resultate (daß es in seiner Macht stand, wird man doch nicht bezweifeln) würde der Prätor auf dem angegebenen Wege nothwendig haben gelangen müssen. Es ist gerade die Eigenthümlichkeit der Fictionen, daß das Vorhandensein eines Umstandes angenommen wird, der zur Anwendung einer Rechtsregel erforderlich ist; mit dieser Annahme

1) B. p. S. 81. — S. Savigny Zeitschr. für gesch. R. W. S. 14. — Bluntschli Erbfolge gegen den letzten Willen. S. 67. Fein Collation. S. 9. Not. 29. — Diese Ansicht findet sich schon in der weitläuftigsten älteren Monographie über die b. p. von Ricciardi (s. darüber das fünfte Buch). In Rubric. N 190—192.

Digitized by Google

aber tritt dann die Rechtsregel ganz von selbst ein. Wenn also die Grundlage der c. t. sein soll, daß der **filius emancipatus, rescissa emancipatione**, als **filius suus** gilt, so mußte dann auch die nothwendige Folge sein, daß in Folge seiner Präterition die Inteſtaterbfolge angenommen wurde. Da wir gar keinen Grund haben, den Römern hier eine Inconſequenz zuzutrauen, ſo ſieht man ſchon aus den Wirkungen des Inſtituts, daß die angegebene Vorausſetzung deſſelben nicht die richtige ſein kann. Sie iſt aber auch außerdem mit der Darſtellung der Quellen nicht vereinbar. Ulpian ſagt im **fr. 1. pr. de b. p. c. t.:**

> **In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus, sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt.**

Ulpian beginnt hiemit offenbar ſeinen Commentar über die c. t., und wie ſonſt immer, wird er auch hier die Edictsworte interpretiren. Wenn er alſo als das Grundprincip hinſtellt: die c. t. b. p. iſt für die **liberi** gegeben [2]), ſo hat er augenſcheinlich dieſen Ausdruck **liberi** aus dem Edicte entnommen, um ihn hier noch weiter zu erklären. Ulpian ſagt nun nicht ausdrücklich, daß er unter den **liberi** bloß die **sui** verſteht, aber die Stelle wird dadurch nur noch ſchlagender, indem wir ſo offenbar ſehen, daß Ulpian dies als etwas ſich ganz von ſelbſt Verſtehendes vorausſetzt. Er kann nämlich unter den **liberi** deßhalb nur die Nicht-Emancipirten meinen, weil er darunter auch die **adoptivi** begreift, und dieſe ja nur ein Recht auf die c. t. haben, wenn ſie bis zum Tode in der Gewalt des Adoptivvaters waren. So ſpricht denn auch Ulpian in den folgenden 5 §§ immer noch von den **sui**, und erſt im §. 6. geht er zu den Emancipirten über:

> **Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.**

Es iſt doch unmöglich, daß, wenn ſo die Emancipirten als zur c. t. b. p. Hinzugezogene, als in dieſelbe Eingeführte, dargeſtellt werden, man bei ihnen die Entſtehung des

2) So ſagt er auch nachher fr. 1. §. 6. eod. **ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet.**

Digitized by Google

Institutes suchen darf. Man kann sich ihr Recht nur durch erweiternde Interpretation des über die sui gegebenen Edictes, oder durch Aufstellung eines ganz neuen an die ursprüngliche c. t. b. p. sich anschließenden Edictes entstanden denken. Letzteres ist, wie der Verlauf zeigen wird, das Wahrscheinlichere.

Ganz ähnlich ist auch die Darstellung Ulpians in fr. 1. pr. de collatione:

> Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim Praetor ad bonorum possessionem c. t. emancipatos admittat, participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum etc. [3]).

Deßhalb ist denn auch die angegebene Ansicht bereits früher mehrfach [4]) verworfen worden, und in neuerer Zeit hat sich mit Recht Francke, schon mit Berufung auf fr. 1. de c. t. b. p., gegen dieselbe erklärt. Er setzt eine andere an die Stelle, die ich mit seinen eigenen Worten wiedergeben muß: „Die b. p. c. t. sei ursprünglich für den präterirten suus heres eingeführt, um ihm das Int. quor. bon. zu geben, damit der eingesetzte Erbe, wenn er auch Anspruch machte auf die Erbschaft, doch nicht den Besitz der Erbschaft durch die b. p. sec. tab. erlangen könne [5]). — Weit entfernt wa-

---

3) Die Stelle der Collatio XVI. 7. §. 2. Suis praetor solet emancipatos liberos . . . conjungere, data bonorum possessione geht an und für sich auf die Intestatsuccession, aber wenn man bedenkt, daß der ordo unde liberi der unmittelbare Ausfluß der c. t. war, so gewährt sie auch für die letztere einen Rückschluß.

4) Es ist hier besonders Maranus zu erwähnen, von dem nachher noch mehr die Rede sein wird. Was im Uebrigen die meisten Schriftsteller früherer Jahrhunderte von der c. t. gesagt haben, bleibt, da weder die Benutzung, noch Widerlegung ihrer Ansichten für die hier anzustellenden Untersuchungen förderlich sein würde, dem fünften Buche vorbehalten.

5) Francke Recht der Notherben S. 121. vergl. auch S. 104. — Mühlenbruch Comm. XXXVII. S. 4. Not. 2. schreibt diese Franckesche Ansicht auch v. Löhr zu, aber mit Unrecht. S. dessen Magazin III. S. 257. unten. Förster de c. t. b. p. p. 145. spricht nicht von der Entstehung, sondern sagt nur, was schon unzählige mal gesagt ist, daß sie nicht bloß den emancipati zustehe.

Digitized by Google

ren die Römer, die Fiction der rescindirten cap. dim. zum höchsten Grundsatz dieser Lehre zu erheben, wie es wohl in neuerer Zeit versucht ist, ohne daß man aber diesen Grundsatz streng durchführen konnte, da gar manche Descendenten hieher gehören, auf welche jene Fiction durchaus nicht paßt. Vielmehr sind nach dem Rechte der Pandekten alle Descendenten männlicher Ascendenten zu dieser b. p. berufen, welche in ihrer väterlichen Gewalt nicht stehen, doch aber darin stehen könnten, voräusgesetzt, daß sie die nächsten in ihrer stirps sind, und nicht selbst durch Adoption in eine fremde Familie übergingen" [6]). —

Francke führt danach fünf Fälle an, worin, außer dem der Emancipation, auch die aus der Gewalt Getretenen c. t. b. p. erhalten, und dies stimmt ganz mit der Darstellung der Quellen überein, indem Ulpian gleich in fr. 1. §. 6. de c. t. b. p. sagt: **Et sui juris factos liberos inducit Praetor in bonorum possessionem. Sive igitur emancipati sunt, sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad b. p.**

Jedenfalls also ist es nicht richtig, der c. t. b. p. bloß den Schutz der Emancipirten als Entstehungsursache zum Grunde zu legen, wir müßten auf alle Fälle den Kreis der **sui juris facti liberi** substituiren. Aber auch in dieser Ausdehnung ist für die Einführung der c. t. nichts gewonnen, es stehen die vorher schon angeführten Gründe nicht minder entgegen, und deßhalb nimmt auch gerade Francke an, daß diese Klasse für den **suus heres** geschaffen sei, mithin das Stehen in väterlicher Gewalt das Grundprincip und Haupterforderniß der c. t. bilde. Ursprünglich sei dies ausnahmslos anerkannt, dann aber durch Ausdehnungen unseres Institutes für gewisse Fälle fingirt worden.

Nach dem bisher Gesagten bleibt es aber noch unklar, wen Francke unter dem an und für sich sehr viel umfassenden Worte **suus heres** versteht. Wir können indeß nicht zweifeln, daß er damit lediglich den **filius suus** meint, indem er auch an anderen Stellen jenen Ausdruck in diesem Sinne nimmt. So

6) Notherbenrecht. S. 123. vergl. S. 128.

Digitized by Google

heißt es vom **suus heres**, welcher entweder zu instituiren oder förmlich zu enterben ist (S. 58.), er mache, falls er präterirt sei, das Testament ungültig (S. 20.), dieser Satz bestand aber bekanntlich vor Justinians **l. 4. C. de lib. praeteritis** nur für den **filius**. So beschränkt denn auch **Francke** an einer andern Stelle (S. 74.) seine Ansicht ausdrücklich auf den Sohn: „Die Präterition hat die Nichtigkeit des Testaments zur Folge, dasselbe ist ungültig errichtet. Es muß also beim Tode des Erblassers die gesetzliche Erbfolge eröffnet werden, also ist der **Sohn** als **suus heres** beim Tode des Vaters **ipso jure** dessen Erbe geworden. Und sein Rechtsmittel, wenn ein Dritter im Besitz der Erbschaft sich befindet, kann nur die **her. pet. ab intestato** sein. Jedoch konnte er auch gegen den Besitzer der Erbschaft das **Int. quor. bon.** erheben, vorausgesetzt, daß er die **c. t. b. p.** agnoscirt hatte, welche für ihn zu diesem Zwecke eingeführt war." —

Fabricius bietet die Merkwürdigkeit dar, daß er (b. p. S. 81.) bestimmt sagt, die **c. t. b. p.** sei **eingeführt**, um den emancipirten Kindern ein fast gleiches Erbrecht, wie den **sui** nach **jus civile** zustand, zu ertheilen. — Vor der Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** aber, vermuthet er, habe der Prätor schon für den präterirten **filius suus** und **postumus** eine **c. t.** eingeführt, die freilich von der späteren aus dem Pandektenrecht uns bekannten „himmelweit" verschieden gewesen sei. Dadurch wäre es bewirkt worden, daß dem **scriptus heres** die **sec. tab. b. p.** verweigert worden sei. Im Grunde ist dies also, nur mit etwas anderen Worten, ganz die Franckesche Ansicht. Und so kommt es denn auch, daß **Mühlenbruch**, nur mit Berufung auf Fabricius, ebenfalls durchaus Francke's Ansicht ausspricht [7]). —

---

7) Pandekten §. 620. (3. Aufl.). — „Sonst erhielt sie der gesetzliche Erbe (legitimus), und dies war namentlich der Fall, wenn ein **filius suus** in einem auch äußerlich fehlerfreien Testament präterirt war, woraus denn allmählig die **c. t. b. p.** erwuchs". Einige Jahre früher hatte Mühlenbruch die Franckesche Ansicht noch bezweifelt. Commentar **XXXVII.** S. 4. Not. 2. Etwas Aehnliches, freilich um etwas ganz Anderes daraus zu rechtfertigen, sagt auch **Hugo** R. G. (11. Aufl.) S. 609. Z. 18–20.

Digitized by Google

Es bedurfte dieser etwas genaueren Darstellung, um den Stand der Streitfrage, wie er heutzutage vorliegt, klar vor Augen zu führen. Aus der folgenden Entwicklung wird hervorgehen, daß ich weder der einen, noch der anderen der sich gegenüber stehenden Ansichten beitreten kann. Mir scheint vielmehr noch in ganz anderer Weise die Entstehung unseres Institutes gerechtfertigt werden zu müssen. Dazu bedarf es zuerst einer kurzen Zusammenstellung des älteren civilen Notherbenrechts.

§. 70. Die civilen Regeln des älteren Notherbenrechts sind im Allgemeinen ganz unbestritten. Das Notherbenrecht ist ein rein formelles, die Alternative der Institution oder Exheredation vorschreibend. Die Personen, welche diese Berücksichtigung verlangen können, sind lediglich die **sui heredes**, d. h. alle die, welche, in unmittelbarer väterlicher Gewalt des Erblassers stehend, demselben (mögen sie **ex testamento** oder **ab intestato** gerufen werden) **ipso jure** und als gezwungene Erben succediren [1]). — Diese **sui** sind aber in Beziehung auf ihr Notherbenrecht in drei Klassen zu theilen:

1. Der **filius in potestate**, der schon lebte als das Testament errichtet wurde, vernichtete das Testament, in dem er weder instituirt noch **nominatim** exheredirt war, völlig, so daß es als **ab initio** gar nicht errichtet galt, und Intestaterbfolge eintrat [2]).

2. Alle übrigen in (unmittelbarer) **potestas** stehenden Descendenten, welche bei der Testamentserrichtung schon lebten, haben ein weit schwächeres Recht. Es gehören hieher die **filia, nepos** und **neptis** von einem vorverstorbenen Sohn, **pronepos, proneptis etc.**, dann die **uxor** und **nurus in manu**. Sie alle können sogar durch eine **exheredatio inter ceteros** gültig von der ganzen Erbschaft ausgeschlossen werden, und haben im Fall der Präterition nur ein Accrescenzrecht gegen die

1) S. Bd. I. §. 1.

2) Ulpian. XXII. 16. Gai. II. 123. Es bestand hiebei freilich eine Controverse unter den Römischen Juristen, die uns hier aber nicht interessirt.

Digitized by

scripti heredes, und zwar wenn dies sui sind, auf einen Viriltheil, wenn extranei, auf die Hälfte. Sie gelten in Beziehung auf das, was sie durch ihr Notherbenrecht erhalten, ganz als (fingirte) scripti heredes, so wie sie auch namentlich zu ihrem Theil die Legate bezahlen müssen [3]), das Testament bleibt hier also vollkommen gültig. — Die Römer gebrauchen für diese Klasse den, wie es scheint, technischen Ausdruck: ceterae liberorum personae [4]), wir wollen sie in der Folge kurz die Accrescenzerben nennen.

3. Die postumi sui (d. h. Alle, welche, wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung schon da gewesen wären, auch in der unmittelbaren potestas des Erblassers gestanden haben würden [5])) machen, sobald sie erscheinen, das errichtete Testament durchaus nichtig [6]). Dies galt anfangs ganz allgemein, so daß das Testament nicht minder ungültig wurde, wenn auch der postumus darin instituirt oder exheredirt war. Man sah ihn als persona incerta an, welche überhaupt keiner testamentarischen Berücksichtigung fähig sei. Davon ging man zuerst bei dem Falle ab, wo das Kind zur Zeit der Testamentserrichtung schon in utero ist, aber erst nach dem Tode des Testators geboren wird, und vom Ende der Republik an wurde dies allmählig auf alle andren Arten jedenfalls der ehelich erzeugten postumi ausgedehnt [7]).

Nachdem diese Möglichkeit der Institution feststand, hätte eigentlich auch bey ihnen die Regel, welche bei den schon lebenden sui heredes für die Begründung ihres Notherbenrechts galt, eintreten müssen, d. h. der filius postumus hätte müssen nominatim, die ceterae postumorum personae aber inter ceteros exheredirt werden dürfen. Dies wurde indessen

---

3) L. 4. C. de lib. praeter.

4) Gai. II. 124. Ulp. XXII. 17. 20.

5) Ulp. XXII. 15. Postumi quoque liberi, id est, qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, suorum numero sunt. Ulpian spricht hier nur von den wahren Postumen, aber die qui postumorum loco sunt, stehen ihnen rechtlich ganz gleich. Ulp. XXIII. 3.

6) Ulp. XXII. 18.

7) Im folgenden Kapitel wird hievon noch weiter die Rede sein.

Digitized by Google

dahin verändert, daß die Vorschrift des **nominatim** Exheredirens auf alle **postumi männlichen** Geschlechts erweitert ward, während die **exheredatio inter ceteros** bei den **postumae** bestehen blieb [8]).

Jedes Testament, worin sich nun ein **postumus** weder instituirt, noch in der angegebenen Weise exheredirt fand, war null und nichtig (**ruptum**) [9]).

Schon aus dieser Uebersicht ersieht man, daß der **filius jam natus** und die **postumi** in gewisser Weise zusammengehören, sie eröffnen, wenn sie präterirt sind, die Intestaterbfolge. Dagegen stehen die Accrescenzerben zu ihnen in einem höchst merkwürdigen Gegensatze. Die **postumi** umfassen ja außer dem **filius postumus** auch alle übrigen Grade der **sui, filia, nepotes, etc.** also ganz dieselben Personen, als die Accrescenzerben. Es bestand mithin die Eigenthümlichkeit, daß Töchter, Enkel ꝛc., wenn sie zur Zeit der Testamentserrichtung, wobei sie präterirt sind, schon leben, der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege stehen, wenn sie dagegen erst nachher, und sei es auch nur kurze Zeit, später geboren werden, es über den Haufen werfen. Man sollte eher noch einen Vorzug der Lebenden vor den Nachgeborenen vermuthen. Aber es würde auch dies, es muß überhaupt alle Ungleichheit im Rechte der Kinder als eine **juris iniquitas** erscheinen, und wie soll es vernünftigerweise bei ihnen auf den Unterschied ankommen, ob sie etwa einen Tag vor oder nach der Testamentserrichtung geboren sind?

Daß den Römern dieß als eine höchst unpassende Rechtsgestaltung auffallen mußte, versteht sich wohl ziemlich von selbst. Wie man zu derselben gelangt war, ist freilich sehr leicht zu erklären, aber dabei blieb es doch nicht minder ein Resultat, welches der Veränderung dringend bedurfte. Man hatte nämlich früher einen sehr großen Unterschied gemacht zwischen dem **filius** und den übrigen **sui**. Jener mußte drei-

---

8) **Ulp. XXII. 21. 22.**
9) **Ulp. XXIII. 2. 3.**

Digitized by

mal, dieſe brauchten nur einmal verkauft zu werden, um dann durch Manumiſſion zur Selbſtändigkeit zu gelangen. Dieſer Unterſchied war für die älteren Zeiten des Römiſchen Rechtes ſehr natürlich, und als nun das Notherbenrecht der **sui** entſtand (Bd. I. S. 7. Not. 9), wirkte er ſehr natürlich auf die Geſtaltung deſſelben ein, dem **filius** ein ſtärkeres Recht als den **ceterae liberorum personae** gewährend. Aber der ganze Unterſchied war nur bei **sui jam nati** denkbar, denn die **postumi sui** nahm man anfangs als **incertae personae**, die ſich insgeſammt weder inſtituiren noch exheredіren ließen. Es konnten alſo auch keine verſchiedenen Präteritionsregeln für den **filius** und die Uebrigen beſtehen, und ferner konnte man ihr Notherbenrecht nicht auf eine von Seiten des Erblaſſers *vernachläſſigte Pflicht*, ſondern lediglich auf ihre Suität ſtützen. Hierin aber ſtanden ſich alle dieſe **postumi** vollkommen gleich, und ſo mußte man denn nothwendig dazu kommen, ſämmtlichen **postumi** ein ganz gleiches Ruptionsrecht gegen das Teſtament zu gewähren. Der weitere Schritt der Rechtsbildung war nun aber, daß man die **postumi** nicht mehr als **incertae personae** auffaßte, ſo daß von nun an ihr Notherbenrecht ganz wie das der **sui jam nati** als eine Folge nicht gehöriger Berückſichtigung im Teſtamente erſchien.

Jetzt wäre allerdings, wie ich vorher ſchon bemerkte, auch bei den **postumi** der Unterſchied zwiſchen **filius** und **ceteri** ſowohl in Bezug auf die Präteritionsregeln als die Wirkungen der Präterition *denkbar* geweſen. Aber daß man ihn dennoch nicht eintreten ließ, erklärt ſich wiederum von ſelbſt. Rückſichtlich der Wirkungen war es nicht möglich, denn das bisherige Recht ließ doch ohne allen Unterſchied ſämmtliche **postumi** das Teſtament rumpiren. Wie hätte man aber darauf kommen können, ihnen dieß Recht wieder zu nehmen, und ſeitdem man ihre Inſtitution und Exheredation für möglich erklärt hatte, nur noch dem **filius** das Recht der Vernichtung des Teſtaments zu laſſen, den Uebrigen aber im Fall der Präterition nur das Accrescenzrecht zuzugeſtehen? Kein Römer hat wohl je daran gedacht, daß ein weiterer Schritt, als die *Einſchränkung* ihres Ruptionsrechtes, möglich ſei.

Digitized by Google

Ueberhaupt war die Unterscheidung von **filius** und **ceteri** damals (d. h. im ersten Anfange der Kaiserzeit) nicht mehr zeitgemäß, und so erklärt es sich, daß man auch nicht einmal bei den Präteritionsregeln (d. h. der Frage wie ein **postumus** zu instituiren oder exherediren sei) die bei den **sui jam nati** geltende Unterscheidung für die **postumi** zum Grunde legte. Man fand es in der damaligen Zeit passender, allgemein das männliche Geschlecht dem weiblichen entgegenzusetzen, und so ist die schon erwähnte Regel entstanden, daß **postumi virilis sexus nominatim**, die **feminini sexus inter ceteros** zu exherediren seien. —

Die bis hieher geschilderte Rechtsentwicklung unterliegt keinem Zweifel, und die einzelnen darin enthaltenen Momente haben jeder für sich ihren ganz guten Grund, aber es ist doch nicht zu läugnen, daß das Gesammtresultat ein noch durchaus unnatürliches ist, bei dem man unmöglich stehen bleiben konnte. Die **postumi** waren den **sui jam nati** insoweit gleichgestellt, daß man jetzt überhaupt alle **sui** instituiren oder exherediren, und dadurch sein Testament vor aller Anfechtung bewahren konnte. Aber um so unerklärlicher und unpassender mußte es erscheinen, daß nun doch die Accrescenzerben einen so sonderbaren Gegensatz zu den übrigen **sui** bildeten, da dies doch in der damaligen Zeit gar keinen praktischen Grund mehr hatte. In der Umgestaltung des Rechts der **postumi** liegt der Zweck, den man vor Augen hatte, sehr klar zu Tage. Man beabsichtigte die Ausgleichung des Notherbenrechts sämmtlicher **sui**, aber dies Ziel war hiermit noch nicht erreicht, man hatte erst die Hälfte des Wegs zurückgelegt. Man hatte zuerst die **postumi** im Allgemeinen den **sui jam nati** gleichgestellt, jetzt mußte man nun aber auch noch das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius jam natus** und der **postumi sui** ausgleichen. Darin aber liegt zweierlei:

1. Der schon bei den **postumi** angenommene spätere Satz, daß die **sui virilis sexus** und nicht bloß der **filius nominatim** zu exherediren seien, mußte auch für die **sui jam nati** anerkannt werden; also da dies beim **filius** schon von

jeher galt, so war es nur noch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts neu festzustellen.

2. Da der **filius jam natus** und die **postumi** im Fall der Präterition die Intestaterbfolge eröffneten, also die ganze materielle Erbschaft erhielten, so mußte ein gleiches Recht auch den Accrescenzerben verliehen werden.

§. 71. In der Aufstellung dieser beiden Sätze finde ich den Ursprung der **c. t. b. p.** Sie erscheint mir danach als die Fortsetzung einer Rechtsentwicklung, welche andere Organe des Rechtes (Juristen und Gesetze, namentlich die **lex Junia Velleja**) begonnen hatten. Der Prätor vollendete hier etwas, dessen Ziel man schon gleich aus dem Beginn der ganzen Rechtsveränderung erkennen konnte. Er stellte das fest, worauf die Zeit nothwendig hindrängte, dessen nothwendige Erreichung keinem kundigen Auge verborgen bleiben konnte. Daß der Prätor die Befugniß hatte, diesen letzten sich ziemlich von selbst darbietenden Schritt zu thun, darüber brauche ich keine Worte weiter zu verlieren. Es kommt lediglich darauf an, ob er das hier Angegebene wirklich gethan hat, und ob daraus das Grundwesen des ganzen dann noch weiter ausgedehnten Institutes sich in befriedigender Weise erklären läßt; es kommt namentlich darauf an zu zeigen, daß die **c. t. b. p.** nur ein Institut zum Besten der Accrescenzerben ist, zu dem dann nur später die Emancipirten hinzugezogen wurden, während sie für den **filius jam natus** und die **postumi** gar nicht besteht. Denn es sollten ja durch die **c. t.**, wie wir annehmen, nur die Accrescenzerben das erlangen, was die übrigen **sui** schon nach Civilrecht hatten. — Diese Beweise aber, welche mir obliegen, glaube ich liefern zu können.

Daß durch die **c. t. b. p.** die Intestatsuccession eröffnet werde, haben nur Schriftsteller, die so ziemlich bei der ganzen Lehre im Dunkeln gingen, behaupten können, und so oft auch dieser Irrthum sich wiederholt hat, so ist er doch in neueren Zeiten immer mehr verschwunden [1]). Es erscheint vielmehr, wie nachher noch genauer gezeigt werden wird, bei

1) Francke, Notherbenrecht. S. 136.

der c. t. das Ganze des Testaments als vollkommen feststehend und gültig, so daß nur gewisse darin enthaltene Verfügungen (und allerdings die wichtigsten), insbesondere die Erbeseinsetzung, gleichsam herausgehoben werden, damit der vom Erblasser Gerufene dem vernachlässigten Notherben Platz mache. In diesem Sinn nennt Justinian die c. t. eine b. p. ex testamento [2]), d. h. wobei das Testament fortwährend als ein gültiges angesehen wird, und die Veranlassung darbietet, daß ein anderer Universalsuccessor an die Stelle des eigentlichen scriptus heres tritt [3]).

Diese allgemeinen Sätze über die Wirkungen unseres Institutes vorerst vorausgesetzt, haben wir nun damit die Fälle zusammenzuhalten, wo nach Civilrecht das Testament, wegen des darin verletzten Notherbenrechtes gewisser Personen, als vollkommen vernichtet erschien, also die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Es fand dies, wie wir schon wissen, bei dem filius in potestate und sämmtlichen postumi sui Statt. Wir müssen zuerst den negativen Theil unserer Beweisführung absolviren, und zeigen, daß die c. t. b. p. für diese Personen nie wahrhaft bestanden hat, also noch viel weniger ihr ganzer Ursprung hier gefunden werden darf. Erst dann wird der positive Beweis folgen können, daß die c. t. in der That für die Accrescenzerben eingeführt, und nachher auf Emancipirte ausgedehnt worden ist.

Wir werden als das Resultat jenes negativen Theils unserer Argumentation den Satz gewinnen, daß die dem präterirten fil. suus und postumus gegebene b. p. allerdings den Namen der c. t. b. p. trägt, aber von der wahren c. t. völlig verschieden ist. Wir können sie deßhalb wohl nicht unpassend die nominelle c. t. b. p. nennen. Es ist zu prüfen, wie die Römer zu dieser Terminologie gekommen sind,

Nominelle c. t. b.

2) §. 3. I. de b. p.

3) Unter der Voraussetzung, daß die c. t. für die Accrescenzerben eingeführt wurde, erklärt sich diese Gestaltung der c. t. sehr natürlich, da sie ein freilich stärkeres, aber doch dem civilen Accrescenzerbrecht ganz analoges Recht gewährt. Auch das Accrescenzerbrecht war ex testamento.

Digitized by Google

und, da sie doch keine Spielerei mit Worten getrieben haben werden, welche praktische Bedeutung derselben beizulegen sei.

I. Die nominelle contra tabulas b. p.

§. 72. Ich muß mit einer Widerlegung der vielen Ansichten beginnen, welche bisher über die Bedeutung der dem **filius** und den **postumi** zustehenden **b. p.** aufgestellt worden sind. Weil es in den Quellen allgemein heißt, die **c. t. p. b.** sei den **liberis praeteritis** gegeben, so glaubten die Bearbeiter des Römischen Rechtes nicht daran zweifeln zu dürfen, daß darunter auch die begriffen seien, welche schon nach Civilrecht das Testament im Fall der Präterition nichtig machen. Dieser Satz findet sich fast bei allen Schriftstellern, die deßhalb einzeln anzuführen ganz unnöthig sein würde. Den Meisten mußte er auch sehr natürlich erscheinen, da in früherer Zeit die Ansicht, daß durch die **c. t.** die Intestatsuccession eröffnet wurde, die vorherrschende war. Civil- und Prätorisches Recht wären also hiernach übereinstimmend. — Andere aber sahen ein, daß die **c. t. b. p.** keine Intestatsuccession ist, daß das Testament im Allgemeinen dabei als ein gültiges anerkannt wird, welches in einzelnen Theilen auch neben der **c. t. b. p.** vollkommene Wirksamkeit behält.

Sobald man dieses annahm, konnte es unmöglich einem auch nur schwachen Auge verborgen bleiben, daß hier eigentlich ein völliger Widerspruch vorliege. Der **filius** und die **postumi** vernichten das Testament, bei der **c. t. b. p.** wird es dagegen als gültig anerkannt. Wie sollen wir es nun erklären, daß jenen Beiden wegen ihrer Präterition die **b. p.** zustehe, durch welche das Resultat herauskäme, daß das Testament zu gleicher Zeit als gültig und ungültig erschiene?

Es sind sehr verschiedene Ansichten zur Erklärung dieser merkwürdigen Rechtsgestaltung vorgebracht worden, aber ich kann mich nicht überzeugen, daß bisher eine Lösung des Widerspruches gelungen ist.

1. Am wenigsten Widerlegung bedarf die Ansicht, daß freilich die **sui** das Testament für **nullum** erklären könnten: »**pietas tamen et modestia filii suadet, ut quam mollis-**

Digitized by Google

sime paternum rescindatur judicium. Humanius parentum judicia per b. p. quam per jus dicendi nullum expugnantur [1]).« Wenn die b. p. das Frühere, das Civilrecht das Spätere wäre, so ließe es sich allenfalls denken, daß man trotz Einführung des stärkeren Rechtes das schwächere zu beliebigem Gebrauch noch hätte bestehen lassen.

2. Sehr viel eher könnte man meinen, daß der Prätor die strenge Wirkung des Civilrechts mißbilligt und eben mit Aufhebung desselben sein milderes Rechtsmittel an die Stelle gesetzt hätte. In dieser Weise wäre also die c. t. b. p. noch in anderer Hinsicht **corrigendi juris civilis causa** eingeführt, als wir dies vorher schon anerkannt haben. In der That findet sich diese Ansicht schon in der Glosse [2]). **Maranus** [3]) führt sie noch genauer aus, dessen Argumentation hier in der Kürze mitgetheilt werden muß:

Er geht davon aus, daß die c. t. nicht für die Emancipirten eingeführt sein könne. **Suis igitur tantum aut iis qui suorum loco sunt, haec b. p. competit, eoque etiam pertinet, quod quaeritur, utrum is qui eam petit, in potestate et familia fuerit (fr. 6. §. ult. fr. 17. et ult. de c. t. b. p.). Neque nos movere debet, quod objectum est, testamentum in quo suus praeteritus sit, ipso jure non valere, atque ideo per b. p. c. t. non posse rescindi testamentum, quod ex se jam nullum est. Nam ut optime respondet Glossa, licet sit rescissum jure civili testamentum, aequitate tamen Praetoria est aliquid, unde infirmatur eo jure, quo subsistere fingitur. Qua responsione nihil aptius dici potest.**

---

1) Worte von **Wissenbach** Exerc. ad Pand. ad tit. de b. p. s. auch z. B. **Hahn** ad Wesenbec. ad tit. de c. t. b. p. **Schacher** Coll. Pract. ad tit. de c. t. b. p.

2) Glossa penult. ad l. ult. C. de b. p. c. t.

3) Ad tit. de b. p. c. t. (Opera omnia ed. Trotz 1741. p. 363 sqq.). — Außerdem ist von den Neueren rücksichtlich der postumi **Bluntschli** hieher zu rechnen. Er sagt a. a. O. S. 72.: „Der Prätor erkannte den civilen Grundsatz: agnatione postumi testamentum rumpitur nicht an in seinem Systeme". Rücksichtlich der filii dagegen gehört er zu einer anderen Klasse von Ansichten S. 66.

Digitized by Google

Es läßt sich nicht leugnen, daß dies an und für sich eine passende und natürliche Antwort ist. Es ließe sich recht wohl denken, daß der Prätor etwas civilrechtlich Ungültiges für gültig angenommen hätte, also wirklich dem Civilrecht direct entgegengetreten wäre. Aber mit den Beweisen, daß dies nun wirklich hier geschehen sei, sieht es doch schlimm aus. Maranus meint: daß der Prätor bisweilen civilrechtlich ungültige Testamente aufrecht erhalten habe, sehe man aus **Ulp. XXIII. 6.**, und daß dies auch in unserem Falle eingetreten sei, folge aus **fr. 17. de inj. rupto test.** — Daß aber aus dieser Stelle nichts zu entnehmen sei, wird sich im §. 95. zeigen. Maranus hat auch überhaupt bei den Worten: **aequitate Praetoria tamen est aliquid** gar nicht die Meinung, daß wirklich durch das Prätorische Recht das **civile** direct aufgehoben worden sei, indem die **her. pet.** dem Präterirten gegen den **sec. tab. b. possessor** denegirt würde [4]). Indeß sei doch auf indirecte Weise der **praeteritus** durch gedrohte Nachtheile bewogen worden, die c. t. zu agnosciren, und auf diese Weise das Testament selbst als gültig anzuerkennen. Dem **filius in potestate** sei nämlich, sobald er **jure civili** die Erbschaft antrete, sogleich, auch noch vor Ablauf der Frist, die b. p. denegirt, und dem **scriptus heres** alsbald **b. p. sec. tab.** gegeben worden, damit dieser **molestiam creare praeterito, eumque lite et sumtibus vexare possit.**

Diese Beweisführung ist nun freilich sehr schwach, und ich würde sie, da sie einer Widerlegung nicht bedarf, ganz übergangen haben, wenn sie nicht zeigte, zu welchen Gründen man seine Zuflucht nehmen muß, um eine Ansicht zu stützen, die doch auf den ersten Blick eine recht dankbare und natürliche zu sein scheint.

3. In neuerer Zeit hat man deßhalb, freilich mit sehr verschiedenen Nüancirungen, noch wieder einen anderen Erklärungsweg eingeschlagen. Der Prätor habe nicht durch Drohung von Nachtheilen das Civilrecht eigentlich aufheben wol-

4) Diese Ansicht ist, so viel ich weiß, nirgends aufgestellt worden, und würde auch unmöglich bewiesen werden können.

Digitized by Google

len, wohl aber durch Anbietung von Vortheilen den praeteritus bewogen, die c. t. zu agnosciren. Diesem also habe die Wahl zugestanden, entweder nach Civilrecht das Testament zu vernichten, dann aber gewisser Prätorischer Vortheile zu entbehren, oder diese letzteren ergreifend sein Civilrecht aufzugeben, und durch Agnition der b. p. das Testament im Allgemeinen anzuerkennen. Als solche Vortheile der c. t. sind aber sehr verschiedene Punkte angegeben worden.

Hugo [5]) stellt zuerst unter den Neueren dies Wahlrecht des filius in potestate auf. Dieser habe im Fall der Präterition mit seinem emancipirten und zwar exheredirten Bruder die Erbschaft nicht zu theilen brauchen, falls er die c. t. agnoscirte; denn diese läßt, wie wir nachher noch sehen werden, im Allgemeinen allerdings die Exheredationen bestehen. Wenn er sich dagegen mit seinem Civilrecht begnügte, so konnte er die Concurrenz des emancipatus exheredatus nach den Regeln der b. p. unde liberi nicht hindern.

Förster [6]) erkennt ebenfalls das Wahlrecht an. Es habe freilich dem fil. suus freigestanden, nach Civilrecht ab intestato zu succediren. Aber durch die c. t. seien ihm so bedeutende Vortheile gewährt (so z. B. habe er nur dadurch den emancipirten Bruder zur Collation zwingen können) [7]), daß es wohl meist nicht klug gewesen wäre, dieselbe zu versäumen. Bisweilen würde indeß diese c. t. als unde liberi angesehen [8]), so daß es keinem Bedenken unterliege, daß wenn der filius suus die c. t. omittire, und entweder die unde liberi selbst erbitte, oder bloß her. aditio vornehme, die Intestaterbfolge eröffnet werde, zu welcher dann auch Andere, Emancipirte und Exheredirte, mittelst der b. p. unde liberi gelangen könnten.

---

5) In seiner Doctordissertation de bonorum possessionibus. Halle 1788. §. 15.

6) De b. p. liber. praeter. contra tabulas par. diss. (Breslau 1823.) p. 151. 389. 400.

7) Andere Vortheile, welche die c. t. sonst noch enthalten habe, werden nicht angegeben.

8) Diesen wichtigen Satz führt übrigens Förster nicht weiter aus.

Digitized by Google

Bluntschli [9]) wird von Fabricius [10]) eines „lächerlichen“ auf zwei einander folgenden Seiten sich findenden Irrthums angeklagt. Ich kann dies indeß nicht finden. Bluntschli ist im Wesentlichen mit seinen Vorgängern einverstanden. Er setzt ebenfalls ein Wahlrecht des Hayssohns voraus, und nimmt als Vortheile der c. t. die beiden Punkte an, von denen Hugo den einen, Förster den anderen angegeben hatte, nämlich Ausschließung des **exheredatus** [11]) und Collationspflicht des **emancipatus**. Nur macht Bluntschli in Beziehung auf ersteren Punkt wegen **fr. 1. §. 9. si tab. test. null.** eine Ausnahme. Der **emancipatus exheredatus** sei nämlich allerdings auch neben dem **fil. suus praeteritus**, welcher **b. p. c. t.** agnoscirte, zugelassen worden. Eine Ausnahme von der Regel machen ist aber doch noch kein Widerspruch. Richtig indessen ist freilich weder Regel noch Ausnahme.

Francke [12]) hat nämlich zuerst richtiger die Bedeutung von **fr. 32. de lib. et post.** und **fr. 1. §. 9. si tab. test. nullae** erkannt, welche dann von Fabricius noch genauer ausgeführt worden ist [13]). Es fällt damit die Hugosche Annahme, daß der Hayssohn durch Agnition der c. t. den exheredirten Bruder ausschließen könne, entschieden zusammen, und was den anderen Punkt betrifft (die Collation des **emancipatus**), so nimmt auch dafür Francke schon an einem anderen Orte [14]) mit Recht keinen Unterschied zwischen der c. t. und **unde liberi b. p.** an. In der That wird ja auch ausdrücklich **ea pars edicti** erwähnt [15]), **qua intestato patre mortuo emancipatus ad b. p. admissus ad collati-**

---

9) Erbfolge gegen den letzten Willen S. 108. 109. (1829.)

10) B. p. S. 214. Note.

11) Diese gründet er auf fr. 32. de lib. et post., was freilich ganz unzulässig ist.

12) Notherbenrecht S. 141. unten.

13) B. p. S. 211 ff.

14) Civ. Abh. S. 178.

15) Fr. 20. §. 1. de b. p. c. t. — Hier wird ausdrücklich hervorgehoben, daß im Edicte abgesondert sowohl bei der c. t. als unde liberi b. p. von der Collation die Rede war.

Digitized by Google

onem compellitur. Da die Collation gar nicht auf einer Eigenthümlichkeit der c. t. beruht, so war es sehr natürlich, daß sie für beide ordines eingeführt wurde, vielleicht ganz zu gleicher Zeit [16]). Daß die Römischen Juristen hauptsächlich bei der c. t. von ihr sprechen, kommt daher, weil diese in ihrem System zuerst abgehandelt wurde.

Bisher also sind wir noch um keinen Schritt weiter gekommen. Ein Vortheil, den die c. t. dem Civilrecht gegenüber hätte, ist noch nicht gefunden. Als solchen stellt nun aber Francke, wie wir schon wissen, den auf, daß durch die c. t. der Instituirte verhindert werden konnte, mittelst der sec. tab. den Besitz der Güter und das Int. quor. bon. zu erlangen. Also der Prätor hätte, nachdem er erst die sec. tab. geschaffen habe, sich gegen die Wirkungen derselben nicht anders helfen können, als durch Aufstellung einer neuen ihr entgegenwirkenden b. p., welche damit also ein remedium contra remedium wäre. — Jedenfalls hat diese Ansicht von allen, die wir bisher kennen lernten, den meisten Schein für sich, weßhalb sie denn auch neuerdings, wie ich oben schon angab, mehrfachen Beifall gefunden hat. Es muß aber noch bemerkt werden, daß in dieser Ansicht die neuere Zeit ganz mit älteren Juristen übereinstimmt, indem schon Cujacius [17]) und nach ihm Perez [18]) durchaus dasselbe vortragen.

---

16) Fein (Collation §. 2.) denkt sich ohne Grund die Vorschrift der Collation umgekehrt für den ordo unde liberi eingeführt, und dann auf die c. t. b. p. übertragen; so wie er denn auch Note 28. nur die zwei Möglichkeiten aufstellt, daß das Notherbenrecht zugleich oder erst nach dem Intestaterbrecht der emancipati eingeführt sei. Also jedenfalls wäre doch die b. p. unde liberi das Vorbild für die c. t. gewesen; während die Quellen es gerade umgekehrt auffassen. Allerdings aber meine auch ich, wie später angegeben werden wird, daß das Notherbenrecht und das Intestaterbrecht der emancipati ganz zu gleicher Zeit, aber nur nicht Ersteres später als Letzteres eingeführt sein kann.

17) Recitationes in Codic. ad tit. de c. t. b. p. Ebenso Recit. ad tit. D. de c. t. b. p. (Opera post. Francof. 1596. p. 933.).

18) Praelectiones in Cod. ad tit. de c. t. b. p. (1651). — Ferner führen Beide außerdem noch eine andere utilitas der c. t. an, daß wenn der Notherbe im ersten Grade präterirt, im zweiten erhere-

Digitized by Google

§. 73. Diese Ansicht ruht lediglich auf der Voraussetzung, die man freilich bisher immer als unzweifelhaft richtig angesehen hat, daß, wenn es auch von vorn herein klar war, das Testament sei jure civili nullum, dennoch, nach Ablauf der Frist für die c. t., jedenfalls immer daraus die sec. tab. b. p. ertheilt wurde. Es konnte hier ja doch den Erfordernissen genügt werden, welche der Prätor im Edicte für Erlangung der sec. tab. aufgestellt hatte. Das Testament (bei dem wir ja lediglich das vitium der Präterition eines filius oder postumus suus voraussetzen) war mit sieben Siegeln versehen, der Erblasser war als civis Romanus und suae potestatis gestorben. Es schien also gar kein Bedenken möglich, daß hier die sec. tab. b. p. ertheilt werden müsse.

Diese ganze Voraussetzung ist nun aber, wie ich glaube, durch meine in dem ersten Bande enthaltene Darstellung der sec. tab. b. p. hinweggeräumt, und so muß denn nothwendig auch die Folgerung fallen, welche daraus für die Bedeutung und Entstehung der c. t. abgeleitet worden ist. Ich kann mich hier begnügen, folgende kurze Sätze zusammenzustellen, die, wie mir scheint, in schlüssigem Zusammenhange stehen.

Die sec. tab. b. p. muß jedenfalls Anfangs (als eine confirmandi jur. civ. gratia gegebene Klasse) so aufgefaßt werden, daß der Prätor lediglich die Absicht hatte, dem Civilerben zum raschen Besitz des Vermögens zu verhelfen. Aber gerade weil dies Ziel rasch erreicht werden sollte, konnte auch der Prätor nicht volle Gewißheit verlangen, daß es in der That ein wahrer Civilerbe sei, also das Testament gar keinen Mangel habe. Er mußte sich mit einer Wahrscheinlichkeitsrechnung begnügen, aber darin liegt schon, daß wenn der Wahrscheinlichkeit die entgegengesetzte Wahrheit gegenüber tritt, jene von selbst in Nichts zerfällt. Mithin mußte, wenn sich ein Nichtigkeitsgrund des Civilrechts zeigte, die b. p. als non data zusammen fallen, und wenn derselbe

dirt sei, er nach Civilrecht, nicht aber nach Prätorischem, ausgeschlossen sei. Daß aber auch dies unbegründet ist, wird weiter unten gezeigt werden.

Digitized by Google

schon vorlag, so konnte gar keine b. p. ertheilt werden [1]). Allerdings ist der Prätor hievon abgegangen, er hat in gewissen Fällen die Gültigkeit der b. p. anerkannt, auch wo das Testament jure civili aus gewissen Gründen nichtig war. Aber die Ausnahmen, welche sich hier bildeten, und die wir im vierten Kapitel kennen lernen werden, umfassen jedenfalls nicht unseren Fall, wo ein filius oder postumus suus präter-

---

1) Walter R. G. (2. Aufl.) §. 599. Note 15. widerspricht dieser hier im Texte kurz zusammengefaßten Ansicht. Die Gründe, welche ihr entgegenstehen sollen, werden im folgenden Buche geprüft werden. Hier muß ich nur bemerken, daß Walter seine Mißbilligung mit Unrecht auch auf Fabricius erstreckt, als wenn dieser bereits dasselbe gesagt hätte. Fabricius behauptet nur, wie schon vorher Treckell und Dernburg, daß es zur Zeit der klassischen Juristen kein Prätorisches Testament gegeben habe (s. Bd. I. S. 145.). Meine Ansicht dagegen von der Bedeutung der sec. tab. b. p. (Bd. I. S. 170.), die Walter a. a. O. mittheilt, steht mit der über das Prätorische Testament nur in dem Zusammenhange, daß wenn es letzteres wirklich gäbe, jene freilich nicht richtig sein könnte. Aber ebendeßhalb ist, abgesehen von anderen Beweisen gegen das Prätorische Testament, meine Entwickelung vom Wesen der sec. tab. ein neuer sich an die frühern schon vorgebrachten Gründe anschließender Beweis, daß von einem Pr. Test. gar nicht die Rede sein kann (Bd. I. S. 200.). In Bezug aber auf dies Wesen der sec. tab. ist Fabricius mir gerade entgegengesetzt. Er nimmt an, daß wenn die 7 Siegel vorhanden waren, stets eine b. p. ertheilt wurde (S. 157.), daß wenn die Präterition des Sohns bekannt wurde, die b. p. nicht non data war, sondern nur durch den legitimus zur sine re gemacht werden konnte (S. 124. oben). Dies ist aber gerade der entschiedene Punkt, denn wenn der b. p. nur durch her. pet. der effectus entzogen werden konnte, so wurde keine folgende b. p. (unde liberi) mehr ertheilt. Und wenn nun auch noch der andere Satz richtig wäre, daß der Prätor, selbst im Fall die Präterition des filius ihm unzweifelhaft bekannt war, doch die sec. tab. b. p. ertheilte, so würde dann freilich folgen, daß der Prätor dem filius nur durch Aufstellung der c. t. zum Int. quor. bon. verhelfen konnte. Und dies spricht auch Fabricius (S. 224.) ganz entschieden aus. Er ist also durchaus der Franckeschen Ansicht, kann daher auch nicht meinen, daß die Ertheilung der sec. tab. bloß eine Präsumtion „für das Vorhandensein aller civilrechtlichen Requisite war, deren Mißlingen das Wegfallen der ertheilten b. p. zur Folge hatte."

Digitized by Google

irt ist, und Ansprüche auf die Erbschaft macht. Die Quellen deuten uns mit keiner Spur darauf hin, und es hat auch bisher noch Niemand eine derartige Behauptung aufgestellt.

Wenn aber unser Fall nicht unter die Ausnahmen gebracht werden kann, so müssen wir ihn nach der Regel beurtheilen. Darin aber liegt Folgendes. Der Prätor erkannte den Satz des Civilrechts vollkommen an, daß die Präterition des Hayssohns und der **postumi** ein vernichtendes **vitium** der Testamente sei. Also er denegirte wie aus jedem anderen völlig ungültigen (z. B. einem durch ein späteres rumpirten) Testamente von vorn herein die Ertheilung der **b. p.**, sobald das **vitium** ihm schon bekannt war, und es wurde mithin gleich vom **mortis tempus** die Frist der **b. p. unde liberi** berechnet [2]). Der Hayssohn konnte also gleich von Anfang an durch Agnition der **b. p. unde liberi** das **Int. quor. bonorum** erlangen. Wenn dagegen anfangs allerdings die **sec. tab.** erbeten worden war, aber die Ungültigkeit des Testaments dann hinterdrein zum Vorschein kam (auch ohne Anstellung einer besonderen **her. pet.**), so galt die **b. p.** als **non data**, nicht aber als **sine re**, und daraus folgt, daß sogleich ein präterirter Hayssohn aus der folgenden Klasse **unde liberi** die **b. p.** agnosciren konnte.

Wir kommen also stets auf dasselbe Resultat, daß nämlich immer der Hayssohn zum **Int. quor. bon.** gelangen konnte, und ihm der **scriptus heres** keineswegs im Wege stand. Wozu soll ihm also eine **c. t.** gegeben worden sein? Man kann nicht einwenden, daß, wenn der Hayssohn in der angegebenen Weise die Ertheilung der **sec. tab.** gleich verhindern oder die ertheilte zur **non data** machen wollte, er

2) Ebenso wie nach fr. 9. §. 1. **unde cogn.** wenn das Testament wegen Taubheit des Erbl. ungültig ist, und der Cognat dies weiß, sogleich **ex die mortis** die **b. p. unde cognati** läuft. So ist denn auch hier für uns die Einschränkung, daß die Frist von da läuft, wo der Hayssohn seine Präterition erfuhr oder erfahren konnte. Man wird hier aber, wenn er sich nicht darum bekümmerte es zu erfahren, ebensowenig Umstände mit ihm gemacht haben, wie mit dem Cognaten, der die Taubheit des Erblassers nicht gewußt zu haben behauptete.

Digitized by Google

doch einen besonderen Beweis von der Ungültigkeit des Testaments liefern mußte. Wir müssen die Nachweisungen, die zu liefern sind, ganz ebenso fassen, mag nun der Haussohn c. t. oder unde liberi haben agnosciren müssen. Denn, sei das Eine oder das Andere richtig, so wird doch jedenfalls auf beiderlei Weise dem scriptus heres sein Recht entzogen, und der Prätor kann dies unmöglich ohne Vorbringung und Rechtfertigung von Gründen gethan haben. Welche bedingenden Beweise wir uns hier aber zu denken haben, wird später noch besonders geprüft werden. —

Das bisher Gesagte ist eine nothwendige Schlußfolgerung aus dem Wesen der sec. tab., wir finden es nun aber auch ausdrücklich durch, wie mir scheint, ganz entscheidende Aussprüche unserer Quellen bestätigt. Dies giebt uns eine neue Bürgschaft, daß Alles, was wir über die sec. tab. gesagt haben, richtig sei, da es consequent zu Resultaten führt, die nun auch wieder mit äußeren Quellenzeugnissen übereinstimmen.

Der Satz: Die b. p. des präterirten Hausſohnes ist stets eine b. p. unde liberi [3]), folgt zuerst schon aus Ulpian XXII. 16. Gaius II. 123. und Papinian in fr. 1. de injusto rupto test. Alle drei Juristen geben die völlige Nichtigkeit des Testaments als etwas ganz Allgemeines und Entschiedenes an. Es scheint mir gar nicht denkbar, daß sie hier bloß das Civilrecht hätten erwähnen können, wenn der Prätor den civilrechtlichen Satz nicht vollkommen anerkannt hätte. Die Römischen Juristen sprechen von dem überhaupt geltenden Recht, und wenn also Modificationen durch den Prätor hervorgerufen sind, so mußte das doch bemerkt werden, da es ja eine Verkehrtheit gewesen wäre, bei der Darstellung des Civilrechts das Prätorische gleichsam ganz zu vergessen, eine Verkehrtheit, wofür wir sonst in der Darstellungsweise der Römischen Juristen keine Beispiele finden. Namentlich scheint mir, sobald man des Gaius Institutionen unbefangen durchliest, sehr deutlich einem Jeden die Ueberzeugung sich aufdringen zu müssen, daß wir auf sein Stillschweigen ebenso sicher bauen dürfen, wie auf das, was er ausdrücklich sagt. Gerade im

3) Oder vor Aufstellung dieser besonderen Klasse: unde sui.

Digitized by Google

Erbrechte ſehen wir ihn, wenn er auch hauptſächlich das Civilrecht darſtellt, doch nie verfehlen, am paſſenden Orte wenn auch nur kurz die Emendationen anzugeben, welche dem Civilrechte durch den Prätor hinzugefügt ſeien, wogegen er das, was ſich nicht mehr als wahre Emendation des Civilrechts auffaſſen läßt, allerdings übergeht.

So haben wir ſchon geſehen, daß er den **ordo unde cognati** als Verbeſſerung der Cognatenklaſſe noch angiebt, während er rückſichtlich der übrigen **gradus** auf ſein anderes Werk verweiſt. Ebenſo ſcheint mir auch großes Gewicht gelegt werden zu dürfen, nicht bloß auf das, was Gaius wirklich von der **c. t. b. p.** ſagt, und an welchen Stellen er von ihr redet, ſondern auch ebenſoſehr, was er nicht von ihr ſagt, und an welchen Stellen er, wenn die **c. t.** hier Bedeutung gehabt hätte, doch nothwendig von ihr hätte ſprechen müſſen. Hier beim Hausſohn iſt gar nicht davon die Rede, und ſo dürfen wir denn auch annehmen, daß die Nichtigkeit des Teſtaments und die Eröffnung der Inteſtatſucceſſion allgemein praktiſches Recht war, welches auch nicht einmal darin vom Prätor modificirt wurde, daß man ihn durch Anbietung von Vortheilen zum Aufgeben ſeines Civilrechts hätte bewegen wollen. Dies beſtätigt auch vollkommen Paulus in **fr. 7. de lib. et post.**:

> **Si filius, qui in potestate patris est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur: et eo jure utimur.**

Paulus erwähnt die Praxis beſonders wegen der entgegenſtehenden Anſicht der Proculianer [4]); hielt man aber an dem ſtrengen Satze des Civilrechts feſt, ſogar wenn der Notherbe bei Lebzeiten des Erblaſſers wieder weggefallen war, ſo iſt doch noch viel weniger zu denken, daß, wenn er da war und Anſprüche machte, man davon abgegangen wäre.

Alſo ſchon die Art, wie die Römiſchen Juriſten das Civilrecht darſtellen, zeigt, daß der Prätor ſich von demſelben gar nicht entfernt haben kann. Dies wird nun zur Gewißheit erhoben durch drei Stellen, worin geradezu von dem Prä-

4) Gai. II. 123.

Digitized by Google

toriſchen Rechte in Bezug auf unſere Frage die Rede iſt. Sie betreffen an und für ſich drei verſchiedene Fälle, aber um ſo ſicherer wird dadurch unſer Satz von verſchiedenen Seiten aus beleuchtet.

1. Ein exheredirter emancipatus kann wegen Präterition ſeines in der Gewalt gebliebenen Bruders ſogleich b. p. unde liberi erbitten:

> Fr. 1. §. 9. si tab. test. null. — Si emancipatus filius exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat, praeteritus: emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem unde liberi, tueri debet Praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.

Hier wird alſo geradezu auch für das Prätoriſche Syſtem der Grund angegeben, es ſei ſo, als wenn der Erblaſſer gar kein Teſtament hinterlaſſen hätte, und daraus folgt eben von ſelbſt nach der allgemeinen Regel [5]), daß die erſte Klaſſe der Inteſtatſucceſſion eintritt.

2. Wenn daher der emancipatus dennoch die c. t. b. p. agnoscirt, ſo iſt das irrthümlich geſchehen, und hat gar keine Bedeutung.

> Fr. 32. de lib. et post. — Si filio emancipato exheredato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.

Hieraus ſieht man recht klar, wie gar nicht daran gedacht wird, daß in einem ſolchen Falle noch eine sec. tab. b. p. agnoscirt werden könnte. Denegirte nicht der Prätor dem scriptus dieſelbe, ſo könnte ja der Juriſt gar nicht ſagen, daß beide Söhne entſchieden ab intestato nach Prätoriſchem Rechte ſuccedirten, wovon doch eben die Rede iſt.

3) Endlich wenn der präterirte filius suus ſelbſt die c. t. agnoscirt, ſo hat dies ebenfalls gar nichts zu bedeuten, ſon-

---

5) Fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non exstent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, intestati datur b. p.

Digitized by Google

dern es wird so gehalten, als habe er die b. p. unde liberi erbeten:

> **Fr. 15. pr. de legatis praest. — Is qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret. Nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure.**

Dem **filius** darf gar nicht eingeworfen werden, er habe durch Agnition der c. t. das Testament anerkannt (**nec doli mali exceptio noceat**). Darin liegt eben, daß die c. t. b. p. ein gültiges Testament voraussetzt, und natürlich auch umgekehrt, daß, wo das Testament nichtig ist, keine c. t. statt finden kann. Wir dürfen also auch nicht mit Fabricius [6]) sagen: die c. t. b. p. des (**filius**) **suus praeteritus** sei **juris civ. confirmandi causa** eingeführt, denn dann wäre sie doch eine wahre c. t., ebenso wie die **sec. tab.**, die zur Confirmation des Civilrechts dem **scriptus** gegeben wurde, um demselben zum **Int. quor. bon.** zu verhelfen. Hier ist's gerade nicht so, es ist nicht der alleinige und nothwendige Weg zum Interdict, sondern auch wenn sie unter diesem Namen agnoscirt war, so ist es doch gar keine wahre c. t. b. p. Und so konnten wir sie denn auch wohl am Einfachsten die nominelle c. t. b. p. nennen. —

Dasselbe, was wir aus diesen drei Stellen sehen, läßt sich auch noch durch ein anderes Quellenzeugniß belegen, auf dessen genauere Interpretation wir später noch zurückkommen werden. Es ist eine Grundregel der c. t. b. p. — **exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit** [7]). Beides, die Adition nach Civilrecht, und die Agnition, konnte, wie wir jetzt wohl annehmen dürfen, aus solchem nichtigen

---

6) B. p. S. 218.

7) Fr. 19. de c. t. b. p.

Digitized by Google

Testamente nicht statt finden, und so ist auch die c. t. b. p. unzulässig.

§. 74. Mit dem im vorigen § gewonnenen Resultate können wir uns aber doch nicht genügen lassen. Wenn die b. p. des präterirten Haussohns nur dem Namen nach eine c. t., dem Wesen nach aber eine **unde liberi** ist, woher kommt es denn überhaupt, daß sie in den Quellen den Namen der ersteren führt, was allerdings ganz entschieden der Fall ist? Weßhalb nannte man sie nicht auch nach dem, was sie wirklich war? Ein unnützes und verkehrtes Spiel mit Worten können wir doch den Römern unmöglich zutrauen, und so muß denn die Aufnahme der Haussöhne auch nur unter den Namen der c. t. b. p. ihre reellen Gründe haben.

Ich glaube in der That, daß sich deren vollkommen genügende aus den Quellen nachweisen lassen, die aber nichtsdestoweniger den Satz ganz unafficirt lassen, daß die nominelle c. t. eine reine b. p. **unde liberi** und keineswegs der Weg zur Erlangung des Interdicts ist.

1. Den ersten Grund kann ich am wenigsten aus den Quellen, aber wie mir scheint genügend aus der Natur der Sache rechtfertigen. Er ist überhaupt der unbedeutendste. Man könnte nämlich auf den ersten Blick meinen, daß, wo in den Quellen von einer c. t. b. p. des Haussohns die Rede ist, die Juristen immer von einer irrthümlich agnoscirten sprächen, welche denn doch keine nachtheiligen Folgen für den Irrenden haben sollte. Darin liegt allerdings das Richtige, daß wenn in der That ein solcher Irrthum vorgekommen war, wie ihn fr. 32. de lib. et post. sehr deutlich voraussetzt, dies weder dem Präterirten selbst, noch seinem emancipirten Bruder etwas schadet. Sie gelten ganz so, als wenn sie Beide gleich von vorn herein mit klarem Bewußtsein sich die b. p. **unde liberi** erbitten [1]).

Aber in dieser Weise lassen sich die meisten anderen Stellen, welche von der c. t. des Haussohns reden, nicht verste-

---

1) Von diesem letzteren Falle spricht das fr. 1. §. 9. si tab. test. null.

Digitized by Google

hen. Abgesehen von denen, welche der Verlauf der Darstellung mit sich führen wird, gehört hieher schon das dritte der im vorigen § mitgetheilten Hauptfragmente. In den andern beiden ist direct nur von der Agnition des emancipirten Bruders aus der Person des filius fam., in dem fr. 15. pr. de legat. praest. aber von der Agnition dieses Letzteren selbst die Rede. Indem der Jurist davon spricht, ob bei ihm eine Anerkennung des Testamentes anzunehmen sei, muß er doch voraussetzen, daß der Agnoscirende mit klarem Bewußtsein handelte und nicht schon auf einen entschuldbaren Irrthum sich berufen konnte, und wenn Paulus seine Entscheidung nur auf das Vorhandensein eines Irrthums gestützt hätte, so wäre, da er diesen Grund nicht erwähnt, die ganz allgemeine Antwort, die er abgiebt, unrichtig.

Es läßt sich nun aber auch recht wohl erklären, daß Fälle vorkommen konnten, wo ein präterirter Hausſohn gerade in Folge wohlüberlegter Berechnung die c. t. b. p. agnoscirt, und der Prätor sie ihm unmöglich verweigern konnte. Es stand fest, daß er ein Sohn des Verstorbenen, und in dessen Testament präterirt war, aber es konnte in verschiedener Weise ihm zweifelhaft sein, ob er von der väterlichen Gewalt befreit sei oder nicht, er konnte sich selbst für einen filius fam. halten und es in der That sein, aber doch eine Anfechtung dieses status von Anderen befürchten. Solche Fälle werden ja mehrfach in den Quellen erwähnt [2]), und es ließ sich in der Zeit, wo die Frist der b. p. c. t. ablief, und ohne die Behauptungen eines bestimmten Gegners die Sache vielleicht oft gar nicht gleich constatiren. Es war also sehr gerathen, daß er sogleich die c. t. erbat, um sich jedenfalls sein Erbrecht zu wahren, welches er sonst, falls sein Heraustreten aus der Gewalt sich bestätigte, völlig verloren hätte. Daß der Prätor ihm die b. p. nicht verweigern konnte, ist unzweifelhaft, da ja nur darin Ungewißheit vorhanden war, ob die c. t. oder das noch vollere Civilrecht ihm zustehe.

2. Aber solche Fälle sind doch nur selten; sie zeigen, daß allerdings ein Hausſohn auch im eigenen Interesse wohl

2) Fr. 6. §. 4. fr. 15. fr. 16. fr. 34 pr. de acq. vel om. her.

Digitized by Google

einmal die c. t. erbitten konnte; dagegen ist es dabei nicht minder richtig, daß, wenn seine Qualification als Haussohn vollkommen feststand, seine b. p. stets eine unde liberi war. Die eigentliche praktische Bedeutung, welche die nominelle c. t. b. p. bei den Römern hatte, scheint mir in dem bisher Gesagten noch gar nicht angegeben zu sein. Diese liegt nämlich in dem Verhältniß des präterirten Hausſohns zu anderen Notherben, die in demselben Erbfalle nebeneinander stehen. Die Quellen selbst führen uns hierauf, indem in den meisten unsere nominelle c. t. erwähnenden Stellen (und so auch in dem fr. 15. pr. de legat. praest.) gerade von einer solchen Concurrenz mehrer Notherben die Rede ist.

Es ist bekannt, daß die Römer nicht gern verschiedenartige Successionen in einem und demselben Erbfalle neben einander haben. Der Satz: **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest** erklärt sich daraus. Wenn sie nun gerade bei der c. t. ungleichartige Successionen freilich keineswegs vermeiden konnten, wie wir das später noch genauer kennen lernen werden, so war es doch sehr natürlich, daß sie derartige Fälle nicht gern unnütz vermehrten. Man denke sich aber, wie sich im praktischen Leben die Sache sehr häufig gestalten mußte. Nehme man, daß Jemand mehre Kinder hinterläßt, z. B. einen Haussohn, einen Accreseenzerben und einen Emancipirten. Es sind hier sehr complicirte Fälle denkbar, wenn man den Einen als instituirt, den Anderen als präterirt, den Dritten als exheredirt annimmt. Die Einen konnten aus eigener Person ein Recht auf die c. t. haben, agnoscirten also gleich dieselbe. Daneben konnte dann aber noch ein präterirter **filius fam.** stehen, und was war natürlicher, als daß nun der Prätor, um die Erbverhältnisse der Kinder gleich auf einmal zu reguliren, sie alle in derselben Frist zusammenrief, also gerade in der ersten Frist, der der c. t. b. p., welche ja Einzelnen von den Kindern deferirt sein konnte. Das Civilrecht des **filius suus** war nur noch vollständiger, es war im Gegensatz zur c. t. b. p. das **majus**, letztere das **minus**. Aber gerade deßhalb konnte man auch sagen, daß das **minus** in dem **majus** begriffen sei, daß also der Haussohn gleich mit seinen Brüdern zusammen die

c. t. agnosciren dürfe. Darin sollte freilich nicht liegen, daß in der Anerkennung des **minus** ein Verzicht auf das **majus** enthalten sei, die b. p. wurde für den Hausſohn immer nach den Grundsätzen der **unde liberi** beurtheilt, aber da doch Alle in derſelben Friſt vereinigt waren, ſo nannte man ſehr natürlich die b. p. aller **liberi** die c. t. b. p.

Aber hiebei blieb man nicht ſtehen. Um die Succeſſion ſämmtlicher **liberi** ganz bei einander zu haben, mußte man auch die Inſtituirten herbeiziehen. Es geſchah dies bekanntlich durch die b. p. **commisso per alium edicto**, von der unten noch mehr die Rede ſein wird. Aus der Perſon deſſen, der die c. t. hat, wird ſie hier dem inſtituirten Bruder mitgetheilt, damit ſie Alle unter Einer gleichartigen Succeſſion ſtänden. Darnach mußte denn ſowohl der inſtituirte Hausſohn aus der Perſon des Emancipirten, als auch umgekehrt der inſtituirte **emancipatus** aus der Perſon des präterirten Hausſohns die c. t. ableiten können. Denn in dem **majus** liegt ja das **minus**, und alſo wenn auch für den **filius fam.** ſtets die Inteſtatſucceſſion gilt, ſo theilt er doch ſein Recht, da das Ganze unter der Leitung des Prätors ſteht, unter der Geſtalt der Prätoriſchen c. t. den Uebrigen mit. Ich kann dies Alles hier nur erſt andeuten, und verweiſe einſtweilen namentlich auf **fr. 8. §. 14. de b. p. c. t.** und **fr. 16. de legat. praest.** Weiter unten bei der Entwicklung des Princips der c. t., ſowie der verſchiedenartigen Concurrenzfälle mehrer Notherben, wird es erſt klarer einleuchten können, daß das natürliche Streben, die c. t. über die ganze Erbſchaft herrſchen, und ſämmtliche **liberi** ſoviel als möglich gleichartig ſuccediren zu laſſen, die nominelle c. t. b. p. hervorrufen mußte, wobei man doch aber immer bei dem Satze blieb, daß der Hausſohn für ſeine Perſon ſtets das **majus** habe, wenn er auch Anderen nur das **minus** daraus mittheile.

§. 75. Bisher iſt rückſichtlich der nominellen c. t. b. p. vornehmlich vom präterirten Hausſohn die Rede geweſen, weil auch die mir entgegenſtehenden Schriftſteller bei ihrer Anſicht über den Urſprung der c. t. denſelben hauptſächlich im Auge haben. Indeß iſt gleich von vorn herein zu vermuthen, daß

Digitized by Google

sie Aehnliches, als was beim **filius jam natus** anzunehmen sei, auch auf die **postumi sui** übertragen, da diese ja ebenso wie der Hausſohn nach Civilrecht die Inteſtatſucceſſion eröffneten [1]).

Dieſelben Gründe aber, welche gegen die **c. t. b. p.** des Hausſohns beſtehen, ſprechen auch gegen die **postumi**; wir dürfen alſo ſchon deßhalb annehmen, daß die **c. t.** nicht im Stande war, ihnen Vortheile zu gewähren, welche nicht ebenſo auch die Inteſtatſucceſſion mit ſich führte, die das Civilrecht in Folge ihrer Präterition eröffnete [2]). Wir begegnen hier aber noch einer ganz eigenthümlichen Anſicht, wonach der Prätor in Bezug auf die **postumi** viel weiter gegangen wäre, als beim Hausſohn, und deßhalb reicht denn auch unſere auf den Letzteren ſich beziehende Widerlegung noch nicht hin. Förſter, Bluntſchli und Mühlenbruch nämlich (ſ. Note 1.) nehmen hier eine wahre Umänderung des Civilrechts durch den Prätor an. Im Prätoriſchen Rechte ſeien die **postumi** in einem viel beſchränkteren Umfange anerkannt worden, man habe darunter nicht alle nach der Teſtamentserrichtung, ſondern lediglich die nach dem Tode des Erblaſſers Geborenen verſtanden.

Wenn aber in der That der Prätor den Begriff der **postumi** einſchränkte, ſo liegt darin, daß nun das weitere Civilrecht außer Geltung geſetzt war, indem natürlich der Prätor in der Praxis ſeine Regel in Anwendung hat treten laſſen. Und ſo ſagt auch Bluntſchli, dem Mühlenbruch hier offenbar beiſtimmt, ausdrücklich: alle **postumi** (außer den nach dem Tode des Erblaſſers Geborenen) hätten ſich durchaus nicht von den ſchon zur Zeit der Teſtamentserrichtung lebenden Kindern unterſchieden und die **c. t. b. p.** erhalten. Meint Bluntſchli unter dieſen Kindern die **filii in potestate**, ſo hätte der Prätor überhaupt nichts verändert, denn dieſe ſuccedirten ja eben,

1) Namentlich hebt Fabricius (S. 37) dies hervor. S. auch **Foerster** p. 148. n. 13. Bluntſchli S. 71 ff. Mühlenbruch Comm. **XXXVII.** S. 72.

2) Ich ſpreche hier bloß von den präterirten postumi, welche den Erblaſſer überleben und Anſprüche auf die Erbſchaft machen. Die Fälle, wenn ſie ſchon vor dem Erblaſſer verſtorben waren, oder ihre Anſprüche aufgaben, werden in dem vierten Kapitel beſprochen werden.

Digitized by Google

wie wir gesehen haben, nach Civil- und Prätorischem Rechte **ab intestato**. Meint er dagegen (und dies muß wohl seine Ansicht sein [3]), da ja der Prätor hier etwas Besonderes festgesetzt haben soll) —, daß jene **postumi** den Accrescenzerben gleichgestellt worden wären, so hat ihnen danach also der Prätor ihr Civilrecht, in Folge dessen sie als **postumi** gelten und Intestatsuccession eröffnen, denegirt, und sie gezwungen, die **c. t.** zu agnosciren.

Diese Rechtsumstoßung ist aber so auffallend, daß wir sie nur in Folge der schlagendsten Gründe annehmen könnten. Sie ist deßhalb so auffallend, weil ein solches directes Entgegentreten wider die Regeln des Civilrechts beim Haussohne von Niemandem behauptet wird, und nun sich gar nicht einsehen läßt, wie der Prätor dazu kam, gerade diesen **postumi** ihr Civil-Recht zu entziehen, während er den erst nach dem Tode des Erblassers Geborenen sowie den **filii jam nati** die Eröffnung der Intestatsuccession [4]) nicht versagt hätte. Wozu nun diese Ineleganz, daß gerade die zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen anders gestellt sein sollen, als die welche vor und nach diesen Zeitpunkten zur Welt kamen?

Die Gegner antworten hierauf: der Prätor habe nun einmal bei der **c. t.** den Satz aufgestellt, daß es für den Be-

---

3) Recht deutlich ist hier übrigens weder Bluntschli, noch Förster und Mühlenbruch. Ersterer sagt: „Waren sie sui, so brauchten sie freilich diesen Theil des Edicts gar nicht zu benutzen, sondern konnten ihr Recht als civile Intestaterben behaupten“ — nachher aber: „Uebrigens ist wohl zu berücksichtigen, daß sehr viele Fälle, wo nach Civilrecht Afterkinder vorkommen, hier gänzlich wegfallen.“ Also dieser zweite Satz ist doch die Einschränkung des ersten, und danach dürften denn nach Prätorischer Praxis nur die sui, die wirklich nach dem Tode des Erblassers geboren werden, ihr Intestaterbrecht geltend machen. — Dasselbe scheint auch Mühlenbruch, der sich auf Bluntschli beruft, zu meinen.

4) Denn in Beziehung auf diese behaupten jene Schriftsteller ja höchstens jenes oben mitgetheilte **Wahlrecht**, wonach man an der Geltendmachung des Civilrechts nicht verhindert, aber durch Anbietung von Vortheilen zum Verzicht auf dasselbe und zur Ergreifung der c. t. bewogen worden wäre.

Digitized by Google

griff der **postumi** nur auf die Todeszeit des Erblassers ankomme. Bei der **c. t.** handele es sich nicht an und für sich um die Gültigkeit des Testaments, sondern lediglich um die Berechtigung des Agnoscirenden, die natürlich erst nach dem Tode des Erblassers geltend gemacht werden könne.

Mir scheint hiermit aber der eigentliche Punkt, auf den es ankommt, gar nicht getroffen zu sein. Nach Civilrecht stehen, abgesehen vom **filius postumus**, alle übrigen **postumi sui** viel besser, als die **sui jam nati**. Sie eröffnen die Intestatsuccession, während Letztere nur das Accrescenzerbrecht haben. Nun aber handelt es sich bei der **c. t.** allerdings ganz vorzugsweise darum, ob das Testament gültig sei oder nicht; denn aus einem von vorn herein nichtigen Testament wird keine **c. t.** gegeben. Wir können hier also nur folgende Alternative aufstellen: **entweder** hat der Prätor den zwischen Testamentserrichtung und dem Tode des Erblassers Geborenen ebenso wie den später Geborenen, ihr volles Civilnotherbenrecht anerkannt, dann kann bei sämmtlichen **postumi** nur von einer nominellen **c. t. b. p.** die Rede sein; **oder** er hat den vor dem Tode Geborenen ihr eigenthümliches Civilrecht, das ihnen als **postumi** zustand, genommen, wonach denn alle diese **postumi** (außer etwa der **filius**) das Testament nicht mehr vernichteten, sondern sie nur gegen dasselbe als ein an und für sich gültiges die **c. t. b. p.** hatten. Dieser letztere Theil der Alternative wird aber durch jenen von den Gegnern angeführten Grund gar nicht bewiesen. Es ist darin allerdings das richtig, daß bei der **c. t. b. p.**, wie überhaupt bei allen **b. p.**, überhaupt nur der in Betracht kommt, welcher nach dem Tode des Erblassers vorhanden ist und Ansprüche macht. Von diesen **postumi** sprechen wir hier auch überhaupt nur (Note 2). Aber folgt denn daraus, daß der Prätor rücksichtlich des **Grundes**, worauf solche **postumi** ihr Erbrecht stützen, lediglich das **mortis tempus** berücksichtige, und auf diese Weise das ihnen zustehende Recht auf Intestatsuccession elidire? Logisch sehe ich hier nicht den geringsten Causalzusammenhang, und daß die Quellenzeugnisse, welche man für diese Folgerung angeführt hat, nichts beweisen, scheint mir sich nicht schwer zeigen zu lassen. Ich muß freilich hier die Hauptstelle (**fr. 1.**

Digitized by Google

§. 1. und 2. de c. t. b. p.) noch übergehen, die nachher einer genaueren Prüfung zu unterwerfen ist. Abgesehen aber von dieser sind die übrigen Stellen leicht hinwegzuräumen; fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. beweist gar nichts, weil darin dem nepos, dessen Vater noch lebt, überhaupt alles Notherbenrecht abgesprochen wird; fr. 12. pr. de inj. rupt. und Gai. II. 147. 148. ebenfalls nichts, weil darin von postumi die Rede ist, die vor dem Erblasser wieder wegfielen. Von diesen ist hier aber gar nicht die Rede; — fr. 3. §. 10. de b. p. c. t. [5]) ist noch viel weniger von Bedeutung. Hier wird von denen gesprochen, welche nicht instituirt werden, also keinen Anspruch auf die c. t. haben können. Das wird allerdings nach dem mortis tempus beurtheilt. Aber daraus soll nun gleich gefolgert werden dürfen, daß für den, welcher umgekehrt instituirt werden kann, ebenfalls nur das mortis tempus in Betracht komme, um danach zu entscheiden, ob ihm sein Civilerbrecht entzogen, und nur ein Recht auf die c. t. zugestanden werde?

Es finden sich also keine Gründe, woraus sich der merkwürdige Satz rechtfertigte, daß der Prätor die vor und nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui verschieden behandelt habe. Es steht ihm auch noch positiv die historische Entwicklung des Rechts der postumi entgegen. Es wurde im Anfange der Kaiserzeit, durch die lex Junia Velleja, gerade für die bei Lebzeiten des Erblassers geborenen postumi überhaupt erst festgestellt, daß man sie instituiren oder exheredіren dürfe. Ihr Ruptionsrecht wurde dadurch eingeschränkt, man wollte nur noch im Fall der Präterition ihnen dasselbe zugestehen. Aber in diesen Gränzen wollte man ihnen dasselbe doch entschieden lassen, wie die Erörterungen der klassischen Juristen über die lex Velleja ganz unverkennbar zeigen [6]). Mir scheint es undenkbar, daß der Prätor dies nun gleich wieder hätte abändern können, und noch viel mehr, daß, wenn

---

5) Liberi qui instituti jure heredes non possunt, nec c. t. b. p. petere possunt. Haec autem verba: institui non possunt, ad mortis tempus referuntur.

6) S. namentlich fr. 29. §. 5 ff. de lib. et post.

Digitized by Google

er es gethan, die Juriſten es bei Entwicklung der lex Velleja ſo ganz mit Stillſchweigen hätten übergehen dürfen.

§. 76. Jedenfalls alſo dürfen wir annehmen, daß die **postumi sui**, wenn ſie wollten, im Fall der Präterition ihr Civilinteſtaterbrecht geltend machen durften. Aber dabei bleibt denn noch immer die Anſicht möglich, wie ſie für den **filius suus** aufgeſtellt worden iſt, daß der **postumus** die Wahl zwiſchen ſeinem Civilrecht und der **c. t.** hatte, und daß letztere ihm den Vortheil gewährte, die Ertheilung der **sec. tab.** zu verhindern, und ſich ſelbſt das **Int. quor. bon.** zu verſchaffen. Aber ebenſo wie wir dies beim **filius jam natus** haben verwerfen müſſen, ſo läßt es ſich auch hier widerlegen.

Einestheils ſteht hier ſchon, ebenſo wie beim Hausſohn, die Darſtellung des Gaius entgegen, deſſen Worte (**II. 130—134**) wir wohl unbedenklich aus den Juſtinianeiſchen Inſtitutionen entnehmen dürfen. Er ſpricht lediglich vom Civilrecht der **postumi**, von einer irgendwie modificirenden **c. t. b. p.** iſt gar nicht die Rede.

Ebenſo unerklärlich, wie das Schweigen des Gaius, wäre aber auch das Juſtinians in den Inſtitutionen, der im §. **1.** und **2. I. de exher. lib.** doch gewiß die Worte des Gaius nicht ſo unverändert aufgenommen haben würde, wenn die **c. t.** hier einen Vortheil gewährte, indem er in den Inſtitutionen die Veränderungen und Verbeſſerungen des Prätors ganz gewiſſenhaft anführt.

Wir haben aber außerdem noch eine andere Stelle, welche uns entſchieden zeigt, daß wir für den präterirten **postumus suus** durchaus daſſelbe annehmen müſſen, als was eben von der nominellen **c. t. b. p.** des Hausſohns geſagt wurde:

> **Fr. 4. §. 3. de c. t. b. p. (Paul.) — Si quis eum qui in utero est, praetermiserit, etiam nondum nato eo alius, qui heres institutus est, bonorum possessionem contra tabulas admittere potest, quia iniquum est, neque quasi scriptum posse petere bonorum possessionem, quamdiu contra tabulas peti potest, nec contra tabulas, quamdiu non nascitur praeteritus, ut, et si ante moriatur, bono-**

Digitized by Google

rum possessionis beneficium ad heredem transmittat. Quod maxime necessarium est in filio emancipato scripto herede, qui nec hereditatem interim adire potest.

Es iſt in dieſer Stelle von der **b. p. commisso per alium edicto** die Rede; dies iſt alſo ganz daſſelbe, als was oben rückſichtlich der Concurrenz eines präterirten **filius suus** mit einem inſtituirten Bruder geſagt wurde [1]). In dem größeren Rechte des Präterirten liegt auch das **minus**, nämlich die **c. t.**, welche deßhalb aus ſeiner Perſon auf den inſtituirten Bruder übertragen wird, ohne daß aber dadurch für den präterirten Bruder und die ihm nach Civilrecht zuſtehende Inteſtatſucceſſion irgend eine Veränderung einträte. Daß nun der Juriſt es ganz ſo auch beim präterirten **postumus suus** annimmt, beweiſt unſere Stelle vollkommen. Es wird in derſelben der bekannte Satz vorausgeſetzt, daß, ſo lange ein präterirter **postumus suus** erwartet werde, die **scripti** noch keine **her. aditio** vornehmen können. Die Möglichkeit dazu ſpricht Paulus dem eingeſetzten **emancipatus** ja entſchieden ab, ferner ſagt er aber auch, daß ebenfalls die Agnition der **sec. tab.** nicht ſtatthaft ſei. Er hätte denſelben Grund dafür angeben können, welcher auch der **her. ad.** des **scriptus** entgegenſteht, nämlich daß überhaupt die teſtamentariſche Succeſſion, alſo auch die Prätoriſche, durch Erwartung eines präterirten **postumus** ſuspendirt wird [2]). Aber da dieſer Grund ſich von ſelbſt verſtand, ſo hebt Paulus nur den anderen, nicht ſo nahe liegenden, aber gerade für das Prätoriſche Princip der **c. t. b. p.** beſonders wichtigen hervor. Er ſagt: **sec. tab.**

---

1) Fr. 16. de legat. praest.

2) Dieſer Fall, auf den auch Ulpian in fr. 30. §. 6. de acquir. her. deutet, (indem er die her. ad. des suus heres nur für gültig erklärt, wenn der postumus institutus iſt oder der Erblaſſer ohne Teſtament verſtorben iſt) ſteht dem andern ganz gleich, wenn der zu erwartende postumus dem vorſteht, um deſſen Antretung es ſich handelt. Von dieſem aber ſagt Ulpian in derſelben Stelle §. 1.: »Idemque et per bonorum possessionem edictalem.« Alſo das Prätoriſche Syſtem folgt hier, wie ſchon von vorn herein zu erwarten war, ganz den Regeln des Civilrechts.

Digitized by Google

könne der instituirte Bruder nicht agnosciren, weil erst die Frist der c. t. b. p. vorhergehe. In der c. t. b. p. will der Prätor die gesammte Successsion der Kinder, der präterirten wie der instituirten, reguliren. Der Instituirte erhält aus der Person des zu erwartenden **postumus** die c. t, obgleich dieser Letztere für sich selbst die Intestatsuccession eröffnet. Also da dem Instituirten zuerst die c. t. deferirt wird, so kann er noch nicht die sec. tab. agnosciren. Nun aber steht dieser Agnition der c. t. noch der Umstand entgegen, daß doch eigentlich erst der **postumus** geboren sein muß, durch dessen Existenz der Instituirte sie ja überhaupt erst erhält. Indessen wird dies Hinderniß nicht für genügend erklärt. Weil der Institutus vor Erscheinen des **postumus** sterben könnte, und dadurch ganz ohne seine Schuld die Transmission des Erbtheils auf seine Erben verhindert werden würde, so greift der Prätor ein, und ertheilt auch vor Erscheinen des Postumus eine **decretalis c. t. b. p.** [3]).

Aber in der Stelle liegt noch mehr, und dies ist für uns von ganz besonderem Interesse. Paulus sagt, die Ertheilung der b. p. sei für den instituirten **emancipatus** nothwendig, weil er nicht auf andere Weise zur Erbschaft gelangen könne. Darin liegt das unabweisbare **argumentum a contrario**, daß der instituirte **suus** die Ertheilung der committirten c. t. nicht so nöthig hat, weil er **jure civili** die **her. aditio**, vornehmen kann. Dies läßt sich nun aber nur so erklären. Der instituirte **emancipatus** hat ja an und für sich ein Recht auf die **hereditas** nur durch seine Institution. Dieses ist noch suspendirt durch die Erwartung des **postumus**. Wenn nun dieser erscheint, und die Intestatsuccession eröffnet,

---

3) Ja sogar, wenn der institutus schon vor Agnition der b. p. stirbt, so wird durch decretum des Prätors die Agnition als geschehen angenommen. S. das gleich folgende fr. 5. de c. t. b. p. v. Julian. — Der Grund des decretum ist, daß zu einer Zeit, wo die Frage, wer das Vermögen erhalte, noch ganz in suspenso ist, der Prätor kraft seiner Machtvollkommenheit dem in der That Berechtigten sein Recht auf den Fall sichern will, wenn derselbe vor Ablauf jener Zeit der Unsicherheit versterbe. Ein ganz ähnlicher Fall findet sich in fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

Digitized by Google

ſo iſt das Mittel, auch den **emancipatus** zur Erbſchaft gelangen zu laſſen, nur ein Prätoriſches, nämlich die **b. p. unde liberi**, und deßhalb kann ihm auch nur durch ein Prätoriſches Mittel nämlich die committirte **c. t. b. p.** ſchon vor Erſcheinen des **postumus** geholfen werden [4]). Dagegen bei einem inſtituirten **suus** iſt es ganz anders. Wenn ſein Bruder, ein präterirter **postumus suus**, die Inteſtatſucceſſion eröffnet, und alſo mit der Vernichtung des ganzen Teſtaments freilich auch jene Inſtitution ungültig macht, ſo nimmt dafür nun der (inſtituirte) **suus** kraft ſeines civilen Erbrechts an der Inteſtatſucceſſion Theil. Mithin iſt es jedenfalls ſicher, daß er durch **her. aditio** zur Erbſchaft gelangen kann, entweder wenn der **postumus** nicht erſcheint, kraft ſeiner Einſetzung, oder wenn er erſcheint, kraft ſeines Inteſtaterbrechtes. Und eben deßhalb muß er auch, da für ihn gar keine Unſicherheit beſteht, noch vor Erſcheinen des **postumus** die **her. aditio** gültig vornehmen dürfen, oder vielmehr, da er ja ein **suus** iſt, die Erbſchaft fällt ihm auch ohne beſondere Antretungshandlung **ipso jure** zu [5]). Hieraus folgt denn eben, was unſer Juriſt ſagt, daß bei ihm die Agnition der **b. p. c. t.** nicht nöthig iſt, obgleich ſie freilich, wie unſere Stelle ebenfalls zeigt, ihm vom Prätor nicht verſagt werden kann.

Unſere Stelle beweiſt hiernach zweierlei:

1. Daß auch nach dem Prätoriſchen Rechte (denn davon iſt ja in derſelben vorzugsweiſe die Rede) der präterirte **postumus suus** die Inteſtatſucceſſion eröffnet, die alſo natürlich jedenfalls für ſeine Perſon entſchieden gilt [6]), an der aber auch

---

4) Wie es überhaupt kommt, daß die b. p. **unde liberi**, welche ein Inſtituirter an und für ſich hat, wenn ſein Bruder die Inteſtatſucceſſion eröffnet, — als eine c. t. b. p. angeſehen wurde, kann erſt am Ende dieſes Kapitels bei der genaueren Darſtellung der Concurrenz mehrer Notherben ausgeführt werden.

5) Stirbt er deßhalb vor Erſcheinen des **postumus**, ſo gilt es doch, als wenn die Erbſchaft ihm zugefallen wäre. **Fr. 16. de lib. et post. v. African.**

6) Mithin iſt, da gerade auch der Prätor die Inteſtatſucceſſion anerkennt, nicht daran zu denken, daß nach Erſcheinen des **postumus** noch etwa von einem **extraneus b. p. sec. tab.** agnoscirt werden könnte.

Digitized by Google

sein in väterlicher Gewalt befindlicher Bruder Theil nehmen kann, ohne die Agnition der b. p. nöthig zu haben.

2. Daß die c. t. b. p. des postumus ganz dieselbe Bedeutung hat, welche wir der des Haussohns beigelegt haben. Daß sie für ihn selbst nur eine nominelle ist, die ganz das Wesen der Intestatsuccession beibehält, liegt schon in dem vorhergehenden Punkte. Aber diese nominelle c. t. hat, ebenso wie wir es beim Haussohn gefunden haben, Bedeutung im Fall der Concurrenz mit anderen liberi. Indem diese sie aus der Person des postumus ableiten dürfen, sogar schon vor seiner Geburt, erhalten sie ein Recht, welches den sui immerhin nützlich, den emancipati sogar nöthig ist, um nicht eine unbillige Verzögerung des Erbschaftserwerbes eintreten zu lassen. —

Das wichtige Resultat dieser Stelle wird nun vollkommen bestätigt durch ein anderes Fragment von Papinian, welches genau denselben Fall bespricht. Auf den ersten Blick scheint es das Prätorische Recht gar nicht zu erwähnen, bei genauerer Betrachtung aber wird wohl Niemand verkennen, daß sie sehr deutlich die Eröffnung der Intestatsuccession durch Prätorition des postumus sowohl nach Civil- als Prätorischen Grundsätzen anerkennt. Beide Stellen ergänzen sich genau, indem jede von beiden Einzelnes weitläuftiger erörtert, was aus der anderen nicht so klar zu ersehen ist [7]); und deßhalb ist die Zusammenstellung beider besonders lehrreich:

> **Fr. 84. de acquir. vel om. her. — Ventre praeterito si filius, qui fuit emancipatus, aut exter heres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas; sed si vacuo ventre mulier fuit, et incerto eo filius in familia retentus vita decessit, heres fuisse intelligitur; emancipatus aut exter non aliter possunt hereditatem quaerere, quam si non esse praegnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne ini-**

7) Daß hier die Römischen Juristen verschiedene Theorien gehabt hätten, wie Fabricius (b. p. S. 186. not. 271) annimmt, vermag ich nicht einzusehen.

Digitized by Google

quum erit, interea defunctam filiam heredi suo relinquere nihil? et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur sive non nascatur, patri heres futurus est. Eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Papinian drängt hier in wenige prägnante Worte Vieles zusammen. Ich will es in die einzelnen Punkte zerlegen.

1. Er beginnt mit einem Satze, der in jener Paulinischen Stelle gar nicht erwähnt ist. Wenn man allerdings die Frau für schwanger hält, aber der **scriptus heres** (sei es ein Sohn oder ein **extraneus**) mit Recht überzeugt ist, daß sie nicht schwanger sei, so gilt seine Erbantretung auch ehe wirklich die Wahrheit allgemein bekannt wurde [8]). Nur beim **suus** ist hier noch wieder die Ausnahme, daß auch wenn er **incertus** ist über die Schwangerschaft, und diese nur in der That nicht vorhanden war, ihm **ipso jure** die Erbschaft zufällt [9]).

2. Dann geht Papinian zu dem Fall über, wenn die Wittwe in Wahrheit schwanger ist. Dem **extraneus scriptus** ist hier nicht zu helfen, und deßhalb erwähnt er ihn gar nicht mehr. Es gilt hier allgemein, was schon gleich im Anfange der Stelle gesagt wird. Das Testament wird rumpirt, und ebendeßhalb wird auch schon vor der Ruption gar keine testamentarische Successsion (nach civilem wie Prätorischem Rechte) deferirt. Noch viel weniger aber kann davon nach der Ruption die Rede sein, denn die ganze Sistirung der testamentarischen Delation geschieht ja nur deßhalb, weil man nicht etwas erst als gültig annehmen mag, was dann doch bald hinterdrein als ungültig zusammen fallen kann. Nur noch den Kindern succurrirt der Prätor, und darin liegt also, daß dem **scriptus extraneus** in keiner Weise mehr eine **b. p. sec. tab.** zu Gute kommen kann.

Daß hier Papinian des Prätors erwähnt, scheint mir unzweifelhaft, theils durch Zusammenhaltung mit jener Stelle

8) **Fr. 30. §. 4. 5. de acq. her.**
9) **Fr. 30. §. 6. eod.**

Digitized by Google

des Paulus, theils durch das Wort **decreto**, welches doch gar nicht anders als von einer **decretalis b. p.** verstanden werden kann. Und hiermit ist denn auch bewiesen, daß gerade die Nichtigkeit des Testaments, die Papinian voraussetzt, die Grundlage bildet für die Hülfe, welche der Prätor den übrigen Kindern angedeihen läßt.

3. Dieser besondere Schutz des Prätors bezieht sich aber nur auf die Zeit **vor Geburt** des **postumus**. Papinian hebt mit Recht hervor, daß Beide, der **filius suus** wie **emancipatus**, falls sie nach der Geburt ihres Bruders noch leben, jedenfalls Antheil am Vermögen bekommen, und zwar schon nach den gewöhnlichen civilen und Prätorischen Rechtsregeln [10]). Also bedarf es nur vorher einer **decretalis b. p.**, um die Erben dieser instituirten Kinder sicher zu stellen, falls sie vor dem Erscheinen des **postumus** versterben sollten. — Zuerst wird nun vom instituirten **filius suus** gesprochen. Papinian hebt hier (was Paulus ausläßt) den Grund hervor, daß ja jedenfalls die Erbschaft **jure civili** an diesen gelangen werde. Dagegen läßt Papinian aus, was wir aus der Paulinischen Stelle ersehen, daß der **filius suus** in Folge dieses Grundes **interim** bereits die **hereditatis aditio** vornehmen kann. Papinian begnügt sich damit, den angeführten Grund zur Rechtfertigung der Prätorischen Hülfe hervorzuheben, welche dem **filius suus** noch neben der **her. aditio** zusteht.

4. An den **suus** knüpft dann Papinian den **emancipatus**, während in der Darstellung des Paulus umgekehrt der Letztere mehr hervorgehoben wird, um zu zeigen, daß dieser der **b. p.** noch viel mehr bedarf als der **suus**, welcher doch die **her. ad.** vornehmen konnte. Und überhaupt ist Paulus

---

10) Die Terminologie Papinians ist hier absichtlich sehr genau. Vom **filius suus** sagt er **heres futurus est.** Vom **emancipatus** sagt er nur: **rem omnimodo habiturus est.** Denn wenn der **postumus** todt zur Welt kam, so konnte der **emancipatus** allerdings die her. ad. aus dem Testament vornehmen, erschien aber in der That ein postumus, so concurrirte der **emancipatus** mit ihm nur nach Prätorischem Recht. Papinian konnte also zur Umfassung beider Fälle (**omnimodo**) nicht sagen: **heres futurus**, sondern nur: **rem habiturus est.**

Digitized by Google

darin vollständiger, daß er uns zeigt, die hier ertheilte **b. p.** sei eine aus der Person des **postumus** abgeleitete **c. t.** Daß sie eine **decretalis** sei, erfahren wir dagegen nur von Papinian.

Durch diese beiden hiemit erörterten Fragmente scheint mir das Wesen der dem präterirten **postumus suus** zustehenden nominellen **c. t. b. p.** festgestellt. Wir finden hier ganz dasselbe, als was wir oben beim Haussohn gefunden haben, und auf diese völlige Gleichstellung beider auch im Prätorischen Rechte muß doch gleich zuerst schon die Vermuthung führen, da sie ja auch in Beziehung auf die Eröffnung der Intestatsuccession sich nach Civilrecht vollkommen gleichstehen. Der Prätor hätte gar keinen Grund gehabt, dem Einen dies Recht anzuerkennen, und dem Andern es zu entziehen; denn die allerdings wichtige Verschiedenheit, die zwischen Beiden besteht, (daß der Eine das Testament **ab initio**, der Andere es erst hinterdrein nichtig macht), kommt hier, wo wir Beide als noch vorhanden und Ansprüche machend annehmen, gar nicht in Betracht. So sehen wir denn auch noch in einem andern Rechtsgebiete das hier Entwickelte bestätigt, nämlich durch die Art, wie der Prätor im Fall der Ruption durch den **postumus** Tutoren giebt. Das, was die Römischen Juristen hievon sagen, müßte ganz anders lauten, wenn der Prätor, der ja auch die Tutoren ernennt, im Erbrecht von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen wäre.

> **Fr. 31. de test. tut. Si pater exheredatae filiae tutores dederit, et testamentum ejus ruptum dicatur nato postumo, commodissimum est, eosdem tutores pupillae dari ad petendam intestati hereditatem.**

Die **c. t. b. p.** läßt die Vormundschaftsernennungen, wie man allgemein mit Recht annimmt, bestehen. Es kann also, wenn der Postumus rumpirt, keine wahre **c. t.** bestehen, denn alsdann ließe sich weder von einer Einforderung der **intestati hereditas** noch einer neuen Ernennung von Vormündern durch den Prätor reden. Unsere Stelle aber sagt es ausdrücklich, daß die testamentarische **tutoris datio** ungültig wird, und

Digitized by Google

der Prätor neue Vormünder ernennt, wobei er freilich sehr natürlich auf die im nichtigen Testament benannten Personen Rücksicht nimmt. Es kann auch ferner nicht daran gedacht werden, daß der Prätor da noch eine sec. tab. b. p. an den Instituirten gebe, wo er schon Tutoren giebt, um die Intestaterbschaft einzufordern. —

Hiernach wird man auch nicht versucht sein können, die entgegengesetzte Ansicht, die c. t. sei nöthig, um dem scriptus heres das Int. quor. bon. zu entziehen, noch auf l. 2. C. de b. p. c. t. stützen zu wollen, obgleich diese Stelle an und für sich einigen Schein dafür darbietet.

> **Alexander (224). — Postumo nato, qui neque heres institutus a patre, neque nominatim exheredatus est, testamentum rumpitur; et si contra tabulas b. p. infantis nomine a tutore petita est, secundum tabulas possessio locum habere non potest.**

Man kann dies allerdings so verstehen, die sec. tab. werde nur dadurch verhindert, daß die c. t. agnoscirt sei, sonst nach Versäumung der Letzteren werde sie jedenfalls ertheilt werden. Aber sicher würde dies doch nur sein, wenn es hieße: **si c. t. b. p. petita non est, s. t. p. locum habere potest.** Und ebensogut läßt sich der Sinn auch so fassen: das Testament ist rumpirt, also nichtig, und sobald dies zu Tage kommt (was am natürlichsten dadurch sich zeigt, daß der Tutor gleich die nominelle c. t. erbittet), so kann eine sec. tab. b. p. nicht Statt haben. Für die Frage also, ob eine sec. tab. ertheilt werden würde, wenn keine c. t. erbeten ist, und ob nicht die etwa ertheilte sec. tab. als non data zusammenfällt, sobald sich die Ruption constatirt, — hiefür beweist die Stelle nichts. Wir müssen in Folge anderer Beweise die Frage beantworten, und danach diese zweifelhafte Stelle interpretiren. In dieser Hinsicht aber sind die bisher gelieferten Beweise wohl genügend.

II. Das Recht der Accrescenzerben.

§. 77. Es hat uns bisher bei der Frage über den Umfang und Ursprung der c. t. b. p. ein nur negativer Be-

Digitized by Google

weis beschäftigt. Für die präterirten **filii** und **postumi sui** kann sie, um ihnen ein Recht auf das **Int. quor. bon.** vor dem Eingesetzten zu geben, unmöglich entstanden sein, diese Personen gehören dem eigentlichen Gebiete der **c. t. b. p.** gar nicht an.

Wir haben jetzt zu den *positiven* Beweisen überzugehen, aus denen wir die Entstehung und das eigentliche Wesen der **c. t.** uns zu erklären haben. Abgesehen von den **filii** und **postumi** bleiben nur noch zwei Klassen von Personen übrig, auf die sich der Umfang der **c. t. b. p.** erstreckt, die Accrescenzerben und die Emancipirten. Daß wir sie uns nicht für die Letzteren eingeführt denken können, dafür sind schon oben genügende Gründe vorgebracht worden. Es läßt also schon dieser negative von allen Seiten geführte Beweis gar kein anderes Resultat übrig, als daß der Prätor darauf ausging, das Recht der Accrescenzerben zu verbessern und mit dem der **filii** und **postumi** auszugleichen (s. §. 70.), und daß wir darin den Ursprung der wahren **c. t. b. p.** zu finden haben, d. h. derjenigen, deren Wirkung nicht die Eröffnung der Intestatsuccession, sondern nur eine Vernichtung einzelner im Testament enthaltener Verfügungen ist.

Für diese Annahme sprechen nun gleichmäßig die äußeren Quellenzeugnisse wie der innere Zusammenhang, der sich hier zwischen den Sätzen des civilen und Prätorischen Rechts nachweisen läßt.

Das Civilrecht der Accrescenzerben stand freilich dem der **filii** und **postumi sui** schon darin gleich, daß sie mit instituirten **sui** nach Viriltheilen concurrirten; denn dasselbe Resultat entstand ja auch für alle **sui**, wenn in Folge der Präterition eines Haussohns oder durch Ruption die Intestaterbfolge eröffnet wurde. Der Unterschied war nur, daß in letzterem Falle die Legate ungültig wurden, während, wenn ein Accrescenzerbe sein Notherbenrecht geltend machte, die Nebenbestimmungen des Testaments bestehen blieben. In Bezug auf die Universalsuccession war aber doch schon völlige Gleichheit der **sui** vorhanden.

Wenn indessen **extranei** im Testament eingesetzt waren, so konnte der präterirte Accrescenzerbe nur die Hälfte des Ver-

Digitized by Google

mögens erhalten, während präterirte Hausſöhne und nachgeborene Kinder die ganze hereditas ſich aneigneten. Die Accrescenzerben ſtehen nun aber doch ganz auf derſelben Verwandſchaftsſtufe wie ſämmtliche **postumi sui** mit Ausnahme des **filius postumus**. Es iſt bloß der Unterſchied, daß die Einen vor, die Anderen nach der Teſtamentserrichtung geboren waren. War man nun ſchon, wie ich im §. 70. ausgeführt habe, darauf ausgegangen, die **postumi sui** den **sui jam nati** in Bezug auf die Möglichkeit der Inſtitution und Exheredation gleichzuſtellen, ſo mußte es doch um ſo mehr als eine **juris scrupulositas** erſcheinen, daß nicht auch die Wirkungen der Präterition für ſämmtliche **sui** gleichartig waren. Hier griff deßhalb der Prätor ein, er gab den Accrescenzerben die **c. t. b. p.**, damit ebenſo, wie die nachgeborenen **filiae, nepotes etc.** durch Eröffnung der Inteſtatſucceſſion die ganze Erbſchaft erhielten, ſo auch die ſchon Lebenden den eingeſetzten Erben völlig vertreiben könnten. Daß dies der Zweck der den Accrescenzerben gegebenen **c. t.** war, beweiſt die Darſtellung des Gaius vollſtändig. Während derſelbe, wie ſchon oben hervorgehoben wurde, beim **filius** (II. 123.) und bei den **postumi sui** (§. 130—134) eine **c. t. b. p.** gar nicht erwähnt, entwickelt er für die **ceterae liberorum personae** §. 124—129. das Civilrecht zugleich mit den vom Prätor hinzugefügten Verbeſſerungen.

> §. 124. **Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum. praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui instituti sint, in virilem, si extranei in dimidiam; id est, si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres . . . . . ; at si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres; quae de filia diximus eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intellegemus.** §. 125. **Quid ergo est? licet — secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem tantum**

Digitized by Google

detrahant, tamen praetor iis contra tabulas bonorum possessionem promittit; qua ratione extranei a tota hereditate repelluntur.

Aber noch in anderer Weise bedurfte das Notherbenrecht der **sui** der Ausgleichung. Nicht bloß in den Wirkungen desselben, auch in den Regeln, wie die Institution und Exheredation vorzunehmen sei, bestanden Verschiedenheiten, die nicht mehr zeitgemäß waren. Der **filius** und **postumi** männlichen Geschlechts mußten **nominatim**, die **postumi** weiblichen Geschlechts konnten **inter ceteros** exheredirt werden. Sehr natürlich, daß der Prätor diese Regel für alle **sui** allgemein machte, d. h. daß er auch für die Accrescenzerben männlichen Geschlechts die namentliche Exheredation vorschrieb. Auch diesen zweiten Punkt hebt Gaius gleich hinterdrein hervor (§. 127—129), wie wir trotz der Unleserlichkeit der Stelle doch noch genau erkennen können.

Hiemit sind also die beiden Punkte, die ich am Ende des §. 70. als der Rechtsänderung besonders naheliegend aufstellte, entschieden bewiesen, und der Gedanke, daß darin gerade der Ursprung der **c. t.** zu suchen ist, scheint mir nach den bisherigen Ausführungen sehr nahe zu liegen. Die **c. t. b. p.** ist, wie wir theilweise schon dargethan haben, ein Institut, das seinem Grundwesen nach **sui** als die berechtigten Subjecte voraussetzt, und wir werden nachher noch andere Gründe anzuführen haben, die genügend zeigen, daß die Emancipirten in den Quellen immer gleichsam als ein Appendix erscheinen, die erst mit Hülfe der Fiction, sie seien nicht emancipirt, herzugezogen, und bei der Darstellung der **c. t. b. p.** stets erst in zweiter Stelle erwähnt werden.

Also nur für **sui** kann dieselbe eingeführt worden sein, aber nun doch hinwieder nicht für den **filius** und die **postumi** in der Art, wie dies neuerdings so vielfach angenommen wird. Das Institut bleibt seiner ganzen Gestaltung nach dabei ebenso unerklärlich, als wenn wir zu den **emancipati** unsere Zuflucht nehmen wollten. Die Intestatsuccession, welche jene Personen eröffnen, und das ganze Princip der **c. t.**, welche ein an und für sich gültiges Testament voraussetzt, sind völlig unvereinbare Dinge. Auch nicht einmal in der Gestalt, welche nach

Digitized by Google

unſerer obigen Unterſuchung in der That die c. t. der Hausſöhne und postumi hat, können wir den Urſprung des Ganzen finden wollen, an welches ſich dann erſt ſpäter die b. p. der Accrescenzerben angeſchloſſen hätte. Jene nominelle b. p. ſetzt offenbar eine wahre c. t. voraus, an die ſie ſich anlehnt. Ich glaube gar nicht, daß die nominelle erſt ſpäter an die wahre c. t. b. p. angeknüpft worden ſei, aber ſie kann umgekehrt nicht früher ſchon als eine ſelbſtändige vorhanden geweſen ſein. Der Prätor wollte das Notherbenrecht ſämmtlicher sui gleich machen, er mußte alſo doch jedenfalls, wenn vernachläſſigte Accrescenzerben allein vorhanden waren, für ſie eine Agnitionsfriſt vor der sec. tab. anberaumen. Er mußte aber auch, um die Succeſſion ſämmtlicher liberi sui gehörig reguliren zu können, in dieſer Friſt ebenfalls alle übrigen vorhandenen sui zuſammen rufen, auch diejenigen, für deren Perſon er durchaus die Inteſtatſucceſſion gelten ließ, und um derentwillen allein er nie die c. t. b. p. geſchaffen haben könnte. Deßhalb edicirte er ſeine Klaſſe als eine für alle liberi aufgeſtellte, aber dabei müſſen wir doch immer im Auge behalten, daß nur die liberi, welche durch die c. t. ein anderes Recht erhalten, als ſie nach Civilrecht hatten, wahre Inhaber der c. t. b. p. ſind. Die übrigen haben ſie nur dem Namen nach, weil die Agnitionsfriſt für alle concurrirenden Kinder dieſelbe war. Aber ſehr natürlich iſt, daß auch da, wo von einer Concurrenz mehrer Kinder gar nicht die Rede war, alſo der Verſtorbene nur einen filius oder postumus suus hinterlaſſen hatte, man für die von ihm agnoscirte b. p. den allgemeinen Namen beibehielt, und ſie eine c. t. nannte. Wußte doch ein Jeder, daß ſie nichts als eine unde liberi b. p. ſei.

Erſt wenn wir die c. t. an das Recht der Accrescenzerben anknüpfen, ſcheint mir ihre ganze Geſtalt gehörig erklärt werden zu können. Sie enthält nicht einen Compler einzelner willkührlich vom Prätor ausgedachter Rechtsſätze, ſie iſt das natürliche Ergebniß, welches ſich von ſelbſt darbieten mußte, wenn man die Accrescenzerben den übrigen sui gleichſtellen wollte. Aus dem weiter unten folgenden Abſchnitt über die Wirkungen der c. t. wird dies deutlich hervorgehen, aber der Verlauf der Darſtellung wird auch noch manche andere

Digitized by Google

feinere Beziehungen ans Licht bringen, in denen wir die Anknüpfung des Prätorischen Institutes an das civile Recht der Accrescenzerben erkennen können.

Soviel erhellt schon aus dem bisher Gesagten, daß, während wir die nominelle **c. t. b. p.** nicht einmal eine **confirmandi jur. civ. causa proposita** nennen konnten, die wahre den Accrescenzerben gegebene allerdings einen correctorischen Charakter hat. Denn dadurch werden ja, wie Gaius sagt, die **extranei a tota hereditate** repellirt. Aber es leuchtet auch genügend ein, daß die Correction hier vollkommen zurück tritt gegen die Emendation, die das Civilrecht von der anderen Seite erhielt. Es war eine **juris iniquitas**, daß das Geborensein vor oder nach dem Testamente einen Unterschied im Notherbenrechte machen sollte. Und daher erklärt sich, daß Gaius der Correction auch hier gar nicht gedenkt, sondern, gerade weil er ganz davon schweigt, offenbar die Prätorische Rechtsänderung als eine sehr natürliche Ausgleichung mit dem auffaßt, was für die übrigen **sui** schon nach Civilrecht festgestellt war. Hierin aber liegt die Voraussetzung, daß dies Civilrecht auch wirklich schon so gestaltet war, um das mindere Recht der Accrescenzerben als eine **juris iniquitas** erscheinen zu lassen. Es läßt sich nicht wohl denken, daß, als die **postumi** überhaupt noch nicht einmal instituirt oder exheredirt werden konnten, der Prätor schon auf Einführung der **c. t.** gekommen wäre. Wir müßten dann annehmen, er habe die ganze Rechtsentwicklung, welche die Ausgleichung des Rechts sämmtlicher **sui** zum Ziel hatte, begonnen. Und das würde viele Bedenken gegen sich haben. So lange die **postumi** als **incertae personae** mit den **sui jam nati** noch gar nicht verglichen werden konnten, war dies verschiedene Recht des **filius** und der **ceterae liberorum personae** nach dem von Alters her zwischen Beiden angenommenen Unterschiede noch gar nichts Auffallendes; und diesen Unterschied ohne weitere Veranlassung einzureißen, scheint mir nicht im Wesen der Prätorischen, eigentlich nur auf Emendationen ausgehenden Thätigkeit zu liegen. Erst als dem Rechte der **postumi** gleicher Charakter mit dem der **sui** gegeben war, d. h. seitdem sie instituirt oder exheredirt werden konnten, mußte es in die Augen fallen, daß

Digitized by Google

gar kein Grund mehr vorläge, einen Unterschied danach zu machen, ob der **suus** vor oder nach dem Testament geboren sei. Und so konnte man erst nach der Feststellung des Rechts der **postumi** auf eine Verbesserung des Rechts der Accrescenzerben aufmerksam werden. Hier war es natürlich, daß der Prätor eingriff, um eine Rechtsentwicklung fortzusetzen, die durch civilrechtliche Organe begonnen war. So erst erklärt sich, daß wir bei der **c. t.** die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts rücksichtlich der Exheredation finden, indem der Prätor sie vom Rechte der **postumi** entlehnte.

Hiedurch gewinnen wir Anhaltspunkte, wann wir uns die Einführung der **c. t.** zu denken haben. Das Recht der **postumi** wurde besonders erst durch die **lex Junia Velleja** festgestellt, und so haben wir die **c. t.** als eine vielleicht sehr bald eingetretene Folge dieser **lex** aufzufassen. Aber freilich ist dies keineswegs über allen Zweifel erhoben, und es wird uns deßhalb im folgenden Kapitel noch zu genaueren Untersuchungen veranlassen. Denkbar, obgleich mir nicht wahrscheinlich, bleibt auch die entgegengesetzte Annahme, daß die **c. t.** schon eingeführt worden sei, als die meisten **postumi** noch für **incertae personae** gehalten wurden, daß mithin die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts gerade umgekehrt von der **c. t.** auf die **postumi** übertragen ward. Jedenfalls wird dadurch der übrige Theil unserer Beweisführungen, daß die **c. t. b. p.** weder für die **filii** oder **postumi sui** noch für die **emancipati** entstanden sein könne, sondern daß sie ihrem Grundwesen nach ein Recht der Accrescenzerben ist, nicht im Geringsten afficirt.

§. 78. Wir haben aber jetzt eine Stelle kennen zu lernen, welche der bisherigen Darstellung vollkommen entgegenzustehen scheint. Es ist das erste Fragment im Titel **de c. t. b. p.**, in welchem ganz **ex professo** Wesen und Umfang der **c. t.** entwickelt wird, und so muß es uns allerdings als eine Hauptstelle erscheinen. Aber ich glaube sagen zu dürfen, daß ebendeßhalb es auch vorzüglich diese Stelle ist, welche so vielerlei Irrthümer in unsere Lehre gebracht und der richtigen Anschauung entgegengestanden hat. Sie lautet folgendermaßen:

Digitized by Google

Fr. 1. de c. t. b. p. — In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, si neque instituti neque exheredati sunt. §. 1. Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex jure civili. §. 2. Haec autem clausula etiam ad postumos videtur pertinere. §. 3. Sed et si ab hostibus postliminio redierint filii, Pomponius putat, ad contra tabulas bonorum possessionem eos admitti. §. 4. Si ex tribus filiis unus ab hostibus captus sit, duobus, qui sunt in civitate, bessis bonorum possessio competit. §. 5. Idem et in postumo; nam quamdiu postumus speratur, in ea causa est, ut partem faciat. §. 6. Et sui juris factos liberos inducit in bonorum possessionem Praetor.

Das Principium ſagt, die c. t. b. p. ſei für die **liberi** aufgeſtellt, und gewiß iſt dies ein im Edicte ſelbſt gebrauchter Ausdruck, den Ulpian hier nur wiederholt und genauer interpretirt. Er geht im Einzelnen den Umkreis dieſer **liberi** durch, und hier iſt nun einleuchtend, wie ſchon oben hervorgehoben wurde, daß er im §. 1—5 nur von den **liberi sui** ſpricht, und wir werden es auch in der Folge noch durch Anderes beſtätigt finden, daß die Römer unter **liberi** an und für ſich immer die **sui** verſtehen. Nur wurden dann noch nebenbei die **emancipati** den **sui** gleichgeſtellt, und als fingirte **sui** mit in die **b. p. c. t.** inducirt, wie Ulpian im §. 6. hinzufügt. Sie werden alſo allerdings auch mit unter dem Wort **liberi** verſtanden, aber als ein Nebenpunkt, und man muß keineswegs glauben, daß die Römer den Ausdruck **liberi** als einen allgemeinern gewählt hätten, um damit anzudeuten, daß es auf väterliche Gewalt nicht ankomme. Es iſt gerade umgekehrt, unter **liberi** begreift man an und für ſich die **sui**, aber die **emancipati** werden, weil man ſich ihre **cap. dim.** als reſcindirt denkt, dann auch mit dazu gezählt [1]). Es iſt alſo ganz

1) Dies zeigt auch die faſt wörtlich gleichlautende Darſtellung Ulpians in fr. 1. §. 5. u. 6. si tab. test. null.

Digitized by Google

daſſelbe, wenn man techniſch ſagte, die c. t. b. p. ſei der gradus der liberi, oder wenn wir als das Grundprincip der c. t. die Suität hervorgehoben finden [2]), worauf dann erſt die Emancipirten durch Fiction zurückgeführt werden müſſen, um an dieſer Klaſſe Theil nehmen zu können.

Laſſen wir nun aber einſtweilen die aus der Gewalt Getretenen bei Seite, um genauer die Darſtellung zu prüfen, welche Ulpian von den sui in den §§ 1—5. giebt. Es iſt einleuchtend, daß dieſe ſich mit den Reſultaten unſerer bisherigen Unterſuchung ſchlecht vereinigt; aber weil doch dieſe auf entſchiedenen, in ihrer Aechtheit nicht zu bezweifelnden Quellenausſprüchen ruht, ſo muß uns das ſehr natürlich auf den Gedanken bringen, ob hier nicht etwa Ulpians Worte eine weſentliche Interpolation erlitten haben. Und in der That glaube ich, daß ſich dieſe hier, wie vielleicht kaum eine andere im Corpus Juris, mit Sicherheit nachweiſen läßt. Die Veränderung, welche Juſtinian's Compilatoren in dieſer Stelle getroffen haben müſſen, iſt äußerlich ſehr gering und unſcheinbar, aber dabei doch von der größten Bedeutung. Ulpian muß nämlich im §. 1. ſtatt des Wortes liberi: filii geſchrieben haben. — Außer dieſer Veränderung haben wir aber den Compilatoren noch die Streichung eines vielleicht ziemlich weitläuftigen Satzes zuzuſchreiben, der zwiſchen §. 5. u. 6. geſtanden haben wird, und worin Ulpian ähnlich wie Gaius II. §. 124. u. 125. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. b. p. abhandelte. Dieſe beiden Behauptungen habe ich jetzt darzuthun. Es muß dies von doppelter Seite aus geſchehen; es iſt einestheils nachzuweiſen, daß Ulpian nicht ſo geſchrieben haben kann, wie wir es in den Digeſten leſen; anderntheils, daß die angegebenen Umgeſtaltungen der Stelle vom Standpunkte des Juſtinianeiſchen Rechtes aus ganz nothwendig waren.

Jener erſte Punkt ergiebt ſich nach den bisherigen Ausführungen ziemlich von ſelbſt. Im §. 1. iſt von den sui jam

2) Fr. 4. §. 2. de c. t. b. p. — Ad testamenta feminarum edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinet, quia suos heredes non habent.

Digitized by Google

nati die Rede. Wie kann aber Ulpian von diesen Allen gleichmäßig sagen, sie würden vom Prätor zur c. t. eo jure gerufen, welches ihnen schon das Civilrecht verleiht? Die Accrescenzerben bekommen ja eben durch den Prätor ein Recht auf die ganze Erbschaft, während das Civilrecht dies ihnen versagt, und da doch Ulpian nichts Anderes gesagt haben kann als Gaius, so muß er auch ebenso wie dieser den **filius** von den **ceteri jam nati** getrennt haben, wie er es ja auch in seinen Fragmenten genau thut [3]), und nur auf die **filii** paßt der von Ulpian ausgesprochene Satz, denn nur bei diesen ist die **c. t. b. p.** ihr ganz unverändertes Civilrecht, d. h., wie wir oben nachgewiesen haben, sie werden für ihre Person nur nominell in den Umkreis dieser Klasse mit aufgenommen.

Nur wenn wir den §. 1. lediglich auf die **filii** beschränken, gewinnt denn auch der §. 2. Verständlichkeit. Dieselbe Klausel soll auch für die **postumi sui** gelten. Wenn nun Ulpian im §. 1. nicht bloß von den **filii**, sondern auch von den Accrescenzerben spräche, so käme ja der Satz heraus, daß für sämmtliche **sui** die **c. t.** nichts Anderes enthielte, als was ihr Civilrecht schon gewährte. Wenn aber Ulpian das sagen wollte, so konnte er sich doch wahrlich kürzer ausdrücken, und er kann es ja gar nicht gesagt haben, weil es so entschieden falsch sein würde. Dagegen bekommt der §. 2. seine volle Bedeutung, sobald im §. 1. nur vom **filius** die Rede war. Ulpian setzt hinzu, dasselbe was beim **filius** gilt, finde auch bei den **postumi** statt, d. h. sie haben nur eine nominelle **c. t.**, der Prätor erkennt ihnen, wie wir dies oben schon aus anderen Stellen nachgewiesen haben, vollkommen ihr Civilintestaterbrecht an.

Daß Ulpian in diesen beiden §§. nur vom **filius** und den **postumi** gesprochen haben kann, sehen wir nun auch aus den folgenden drei Paragraphen. Er kehrt noch einmal zu den **filii** zurück (§. 3. 4.), um einen besonderen Fall hervorzuheben, wo der Sohn jetzt freilich nicht da ist, aber sein Erscheinen (falls er nämlich aus der Gefangenschaft zurückkehre)

3) XXII 16. 17.

Digitized by Google

gehofft, und ihm deßhalb ein Theil aufbewahrt wird. Ganz analog fügt er daran im §. 5. wieder die Worte: **Idem et in postumo.** Wenn deſſen Erſcheinen gehofft werde (d. h. wenn er erſt nach dem Tode des Erblaſſers geboren wird), ſo nehme er ebenfalls Theil an der Succeſſion. Darin aber liegt der Beweis, daß er im §. 2. nicht ſchon daſſelbe geſagt haben kann, was er jetzt im §. 5. hervorhebt. Vielmehr hat er vorher ganz allgemein von den **postumi** geſprochen, ſie würden **eo jure** gerufen, **quo vocantur ex jure civili**, er kann alſo damit nicht bloß die meinen, welche er im §. 5. noch beſonders in Vergleichung mit den gefangenen Söhnen erwähnt, er muß ebenſo wie die vorhandenen Söhne, ſo auch die ſchon vorhandenen **postumi** (d. h. die zwiſchen der Teſtamentserrichtung und dem Tode Erſchienenen) umfaßt haben.

Das Reſultat iſt alſo, daß in den §. 1—5 lediglich von der nominellen **c. t. b. p.** die Rede war, und für dieſe, wie wir ſie oben unterſucht haben, iſt denn auch die Charakteriſirung Ulpians ſo bezeichnend wie möglich. Sie iſt ja eben nichts Anderes als die Berufung nach dem Rechte, welches dem Berufenen ſchon nach Civilrecht zuſtand. Da nun Ulpian im §. 6. gleich auf die Emancipirten kommt, ſo würde danach das Recht der Accrescenzerben ganz ausgelaſſen ſein, und dies anzunehmen ſcheint mir bei dieſer Stelle, die recht eigentlich den Umfang der **c. t. b. p.** entwickeln ſollte, ganz unmöglich. Es kann auch nicht erſt hinter den Emancipirten von ihnen die Rede geweſen ſein, denn Ulpian ſtellt dieſe als erſt zur **c. t.** Hinzugefügte dar. Von der wahren **c. t. b. p.**, wie ſie den Emancipirten zu Theil wurde, iſt aber in den §. 1—5 noch gar nicht die Rede. Alſo kann wohl kein Zweifel ſein, daß vor dem §. 6. erſt noch in ähnlicher Weiſe, wie Gaius davon ſpricht, das Recht der Accrescenzerben abgehandelt worden iſt. Der Gedankengang Ulpians war offenbar der: er will den Umkreis der **liberi** genauer erklären, welchen die **c. t. b. p.** verliehen iſt. Hier mußte er nun zuerſt von den **sui** ſprechen, und zwar beginnt er mit denjenigen **sui**, deren **c. t.** ſich vom Civilnotherbenrecht nicht unterſcheidet. Nothwendig mußte er aber hierauf auch von denjenigen **sui** ſprechen, denen die **c. t. b. p.** eine weſentliche Verbeſſerung

Digitized by Go

ihres Rechts war, und bei denen deßhalb erst von einer wahren c. t. die Rede sein konnte. Erst nachher konnte er dann zu denen übergehen, bei welchen das Grunderforderniß dieser Klasse, nämlich die Suität, nur durch eine Fiction supplirt wurde [4]). —

Hiermit scheint mir gerechtfertigt zu sein, wie unsere Stelle vor den Umgestaltungen der Compilatoren gelautet haben muß; und daran sind nun die Gründe zu knüpfen, um derentwillen Justinian die ächten Worte unmöglich beibehalten konnte.

Bekanntlich hat Justinian in der wichtigen l. 4. C. de lib. praet. das mindere Civilrecht der Accrescenzerben aufgehoben, und sie den filii sui ganz gleichgestellt. Daraus aber folgt es von selbst, daß nun auch die c. t. b. p. für sie nur noch dieselbe Bedeutung hatte, als dies von jeher für die filii der Fall war, d. h. sie wurde zu einer bloß nominellen, während nur noch für die Emancipirten die wahre c. t. b. p. bestehen blieb. Es ist nun bisher viel zu wenig beachtet, welche Rückwirkungen dies auf die ganze Justinianeische Compilation äußern mußte, von denen die Umgestaltung des fr. 1. de c. t. b. p. wahrlich nicht die einzig erkennbare ist.

Das Bild, wonach die Schriften der Juristen in den Digesten excerpirt werden mußten, liefert uns der Titel der Institutionen de exheredatione liberorum. Hier ist bis zum §. 3. vom Notherbenrechte sämmtlicher sui die Rede nach den

---

4) Es wird wohl Niemand einwenden wollen, daß Ulpian in den Fragmenten XXII. 14—23. das Recht der Accrescenzerben auf die c. t. ebenfalls nicht erwähne, sondern nach Darstellung des Civilnotherbenrechts der sui lediglich von der c. t. der emancipati spreche. So könne er es ja nun auch hier im fr. 1. de c. t. b. p. gemacht haben. — Ich glaube aber kaum ernstlich mich auf Widerlegung dieses Widerspruchs einlassen zu brauchen. Es handelt sich hier von Ulpians weitläuftigem Edictscommentar, die c. t. b. p. sollte hier vollständig erörtert werden, und wenn nun gar erst die c. t. der filii und postumi hervorgehoben wird, so kann doch Ulpian unmöglich gerade die sui ausgelassen haben, die nicht eo jure vocantur, quo vocantur ex jure civili, die also Hauptpersonen für die c. t. b. p. sind.

Digitized by Google

drei Klassen der **filii**, der Accrescenzerben und der **postumi**. Von einer selbständige Rechte gewährenden **c. t. b. p.** ist bei allen diesen Personen gar nicht die Rede, obgleich doch sonst auch Justinian von der nominellen **c. t.** der **sui** spricht [5]). Vielmehr wird des Accrescenzerbenrechtes nur als einer Antiquität gedacht, und das, was Gaius über ihre **c. t. b. p.** sagt, wurde gestrichen. Zeichen genug, daß Justinian die **ceterae liberorum personae** dem **filius** ganz gleich behandelt wissen will, also im Fall ihrer Präterition Nichtigkeit des Testaments und Intestatsuccession eintreten soll. Erst im §. 3. kommt er dann auf die **c. t. b. p.** als ein für die **emancipati** bestehendes Institut.

Hieraus erklärt sich nun vollkommen die Gestalt zweier in diese Lehre schlagender Pandektentitel. Der eine ist der **de liberis et postumis.** (**XXVIII. 2**). Liest man denselben durch, so findet man immer nur Stellen, welche vom **filius** und von den **postumi** reden, sehr natürlich, denn das, was die Römischen Juristen über die Accrescenzerben sagten, konnte nicht mit excerpirt werden, und Justinian zeigt es schon durch den Titel an, daß, was die Stellen vom **filius** sagen, überhaupt von allen **liberi** gelten soll. Der andere Titel ist eben unserer **de c. t. b. p.** Es ist darin nur sehr wenig von der nominellen **c. t.** des **filius** und der **postumi** die Rede, eben weil er ja vorzugsweise von der wahren **c. t.** handeln sollte. Von den Accrescenzerben aber ist nun wieder hier eben so wenig zu finden, als im Titel **de liberis et postumis**, weil die davon handelnden Stellen der Römischen Juristen, in Folge des genauen Zusammenhangs mit dem civilen Accrescenzerbrecht, zur Aufnahme nicht geeignet waren. Daher kommt es, daß als Subjecte der **c. t. b. p.** vorherrschend nur die **emancipati** vorkommen, und so ist denn der Gedanke auch freilich sehr erklärlich, daß man das Ganze für ein hauptsächlich um ihretwillen eingeführtes Institut ansehen zu müssen glaubte. Aber wir dürfen, da wir jetzt klarer sehen können, nie vergessen, daß in der Justinianeischen Gestalt die ganze eine Hälfte der zur **c. t.** berechtigten Personen hinweggefallen

5) §. 12. I. de her. quae ab int.

Digitized by Google

iſt. Hiernach verſtand es ſich denn auch von ſelbſt, daß ebenſo wie ſchon der Titel **de liberis et postumis** die Juſtinianeiſche Veränderung anzeigt, ſo auch in **fr. 1. §. 1.** das von Ulpian geſchriebene Wort **filii** mit **liberi** zu vertauſchen war. Vielleicht ſind auch noch die Worte: **eoque ordine** eine Interpolation. Wenn ſie Ulpian geſchrieben hat, ſo muß er damit eigentlich nur pleonaſtiſch gemeint haben, die **filii** würden nach demſelben Recht und nach den Grundſätzen deſſelben **ordo** (**unde liberi**) gerufen, als ſie ſchon nach Civilrecht die Erbſchaft erhalten. Da aber **ordo** im Sinn von „Erbklaſſe“ bei den Römern nicht gebräuchlich war, ſie vielmehr dafür das Wort **gradus** nehmen, ſo iſt es wohl wahrſcheinlicher, daß erſt Juſtinian, indem er den **filii** die übrigen **sui** gleichſtellt, zu den Ulpianſchen Worten **eo jure** noch das **eoque ordine** hinzuſetzte, um damit gleich die naheliegende Frage zu entſcheiden, in welcher Ordnung ſie zur Succeſſion berufen ſein ſollen.

§. 79. Unſer Satz, daß die **c. t. b. p.** ihrem Grundweſen nach ein für die **sui** aufgeſtelltes Inſtitut iſt, um das Recht der Accrescenzerben mit dem des **filius** und der **postumi** auszugleichen, ſcheint mir durch die bisherige Unterſuchung bewieſen zu ſein. Ich habe daran gleich die Darſtellung zweier Nebeninſtitute der **b. p.** zu fügen, die wir in unſeren Quellen gerade in engerer Verbindung mit **c. t.** verknüpft finden. Ich meine die **missio ventris nomine** und die **b. p. Carboniana.** Beide Lehren ſind neuerdings trefflich dargeſtellt worden von Bachofen [1]), und es kann mir nicht in den Sinn kommen, das von dieſem Schriftſteller Gegebene, ſoweit ich es billige, hier wiederholen zu wollen. Aber von dem Zuſammenhange dieſer Inſtitute mit der **c. t. b. p.** habe ich noch Genaueres anzufügen, das einestheils zur Erklärung der Lehren ſelbſt, anderntheils auch zur weitern Durchführung der bisher gewonnenen Reſultate mir nöthig ſcheint.

---

1) Pfandrecht I. S. 327–362.

Digitized by Google

1. Die missio ventris nomine.

Es ist eine sehr verbreitete Ansicht, daß diese **missio** nothwendig mit der **c. t. b. p.** zusammenhänge, so daß man sich das Bestehen der ersteren ohne das der letzteren nicht wohl denken könne. So hat Huschke aus dem Vorkommen der **missio** auf die Einführungszeit der **c. t. b. p.** geschlossen [2]), und auch Bachofen meint, sie sei, ausschließlich im Anfange mit der **c. t. b. p.** zusammenhängend, erst später auf andere **partes edicti** ausgedehnt worden. Die Gründe hiefür sind hauptsächlich die Stellung dieser Lehre in den Digesten, so wie auch gleich das **fr. 1. pr. de ventre in poss. mitt.**:

> **Sicut liberorum eorum, qui jam in rebus humanis sunt, curam Praetor habuit, ita etiam eos, qui nondum nati sunt, propter spem nascendi non neglexit; nam et hac parte edicti eos tuitus est, dum ventrem mittit in possessionem, vice contra tabulas bonorum possessionis.**

Bachofen aber bemerkt mit Recht, daß wir nicht einen eigenen Abschnitt im Edicte hiefür annehmen dürfen, denn es wird uns entschieden berichtet, daß auf die **prima pars edicti** (von der **c. t. b. p.**) sogleich als **secunda pars** das **Carbonianum edictum** folgte [3]). Und dies zeigt auch die eben angeführte Stelle: „auch bei dieser pars des Edictes, nämlich bei der **c. t. b. p.**, schütze der Prätor die noch nicht Geborenen.“ Also mag wohl in einer kurzen Nebenbemerkung im Edicte der **c. t. b. p.** von der **missio ventris nomine** die Rede gewesen sein. Indessen enthalten die Worte **et hac parte edicti** bereits die Hindeutung, daß dieselbe Berücksichtigung der **postumi** auch bei den übrigen **partes edicti** statt findet, und dies ist ja bekanntlich ganz entschieden der Fall [4]).

---

2) Richterſche Jahrb. 1839. Heft 1. S. 18.

3) **Fr. 4. de Carb. ed.**

4) **Fr. 10. de ventre in poss.** — Postumus natus quocunque tempore, qui tamen testatoris morte conceptus jam erit, potest agnoscere bonorum possessionem. Nam et ventrem Praetor ex omnibus edicti partibus mittit in possessionem bonorum, non missurus scilicet, si ei nato daturus non esset bonorum possessioem. **Fr. 1. §. 5. ad Sc. Tertull.**

Digitized by Google

Die **missio ventris nomine** ist ein allgemeines Nebeninstitut der **b. p.**, wodurch allen, gleichviel aus welchem Grunde Berufenen, wenn sie beim Tode des Erblassers noch nicht geboren, wohl aber concipirt sind, die Erlangung der Erbschaft erleichtert wird. Und in dieser Weise ist es allerdings richtig, daß im Prätorischen Rechte die nach dem Tode Geborenen einen ganz eigenthümlichen Begriff der **postumi** bilden, womit aber doch die im §. 75. widerlegte Ansicht keine Unterstützung gewinnt. Denn dieser vom Prätor aufgestellte und durch die **missio** geschützte Kreis der Postumen geht über das Gebiet der **liberi** ganz hinaus, und dadurch kann also auch gar nichts weder dafür noch dagegen bewiesen werden, ob der Prätor den **postumi sui**, welche schon vor dem Tode des Erblassers erschienen sind, ihr Civilintestaterbrecht anerkennt oder nicht. Für diejenigen dagegen, welche das Civilrecht gar nicht kennt, kommt natürlich nur jener Prätorische Begriff der **postumi** in Betracht, und so kann man denn allerdings von einem **postumus ex emancipato** nur sprechen, wenn derselbe nicht bloß nach der Testamentserrichtung sondern auch nach dem Tode des Erblassers geboren ist.

Daß nun dieses Princip: alle **postumi** sollen in sämmtlichen Theilen des Edicts denen, **qui jam in rebus humanis sunt**, gleichstehen — erst nach und nach von der **c. t. b. p.** auf die übrigen Klassen der **b. p.** ausgedehnt worden sei, dafür finde ich in unseren Quellen nirgends einen Beweis. Die Zusammenfassung der ganzen Lehre in den Digesten gleich bei der **c. t.** rührt nämlich, wie wir noch genau erkennen können, lediglich von den Compilatoren her. Ulpian, aus dessen Fragmenten der Titel **de ventre in poss. mitt.** hauptsächlich besteht, hat in seinem Edictscommentare an ganz verschiedenen Orten von dieser **missio** gesprochen. Das **fr. 1.** ist aus seinem 41sten Buche **ad edictum**, und hier spricht er allerdings von der **missio**, welche **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben wird. Auch ist es sehr natürlich, daß er hier nach Erörterung der berechtigten Subjecte (**pr.** — §. 16.) gleich die allgemeinen Grundsätze mittheilt, welche überhaupt bei allen **missiones ventris nomine** statt finden (§. 17—28). Aber von einer Erweiterung der **missio** auf die anderen Edicts-

Digitized by Google

klassen, zu der erst die c. t. b. p. die Veranlassung gegeben habe, ist gar nicht die Rede. Und es kann auch wohl nicht bezweifelt werden, daß ebenso wie bei der c. t., so auch wieder ganz selbständig bei der sec. tab. b. p. im Prätorischen Edicte von den postumi die Rede war. Denn die Emendationen, welche der Prätor für die postumi alieni einführte [5]), können doch wahrlich nicht bei der c. t. b. p. ihren Platz gefunden haben. Deßhalb ist es denn auch bei weitem das Natürlichste anzunehmen, daß das fr. 6. de ventre, welches ebenfalls aus Ulpians 41stem Buche genommen ist, aber von der missio eines extraneus postumus spricht, sich bei Ulpian nicht an die Darstellung der contra tabulas, sondern an die der sec. tabulas anschloß. Denn in diesem Buche war auch schon die letztere Klasse abgehandelt [6]). Endlich spricht Ulpian von der bei der Intestatsuccession eintretenden missio erst im 47sten Buche, woraus das fr. 7. de ventre genommen ist, also erst hinter den Prätorischen Intestatklassen [7]),

5) Pr. 1. de b. p.

6) Fr. 2. de b. p. sec. tab.

7) Fr. un. unde vir et uxor ist ebenfalls aus diesem 47sten Buche. Man sollte meinen, Ulpian würde am Ende der Cognatenklasse von der missio gesprochen haben, denn natürlich bei der b. p. unde vir et uxor konnte sie nicht vorkommen. Dem widerspricht aber ein Basilikenscholiast ad l. 6. Bas. XXXIX. I. de querel. test. (Heimbach IV. p. 5.), der von der Sache unterrichtet zu sein scheint: Post bonorum possessionem unde vir et uxor Praetor haec subjecit et dixit: In omnibus autem bonorum possessionibus (d. h. es werden hier wohl nur die b. possessiones ab intestato gemeint sein, denn daß bei der contra und secundum tab b. p. noch besonders von den postumi die Rede war, kann doch wohl nach dem im Text Gesagten nicht geläugnet werden) si inciderit persona postumi, nato quidem eo do competentem bonorum possessionem: quamdiu autem est in utero, mitto eum in possessionem, quae dicitur ventris nomine. Hoc autem caput adhibe eis bonorum possessionibus, in quibus de persona postumi tractari potest. Nam in b. p. unde vir et uxor hoc non procedit, et ineptum est hoc dicere. Quomodo enim dici potest, vel uxorem postumam mariti, vel maritum postumum uxoris esse! Hiernach bestand also hinter der b. p. unde vir et uxor ein eigenes caput über die missio ventris nomine bei den Inte-

Digitized by Google

und dies wird ebenfalls nur darin seinen Grund haben, daß auch bei der Intestatsuccession sich eine eigene Bemerkung über die Zulassung des **venter** im Prätorischen Edicte fand.

Hiernach sind also historische Andeutungen, bei welcher Klasse wir den Ursprung der **missio** anzunehmen hätten, gar nicht vorhanden. Es wäre möglich, daß die betreffenden Stellen zu gleicher Zeit bei der **contra, secundum tabulas** und der **ab intestato b. p.** ins Edict eingefügt worden seien; oder wer es auch hier für wahrscheinlich hält, daß das spätere allgemeine Princip sich aus ursprünglich kleinerem Keime entwickelt habe, kann ebenso gut meinen, daß es bei der **ab intestato b. p.** begonnen habe, und dann auf die **c. t. b. p.** ausgedehnt worden sei, als umgekehrt. Denn daß die späteren Römischen Juristen in ihren Edictscommentaren das Allgemeine der ganzen Lehre gleich da abhandeln, wo sie zuerst von der **missio** zu sprechen haben, also bei der **c. t. b. p.**, — daraus ist doch wahrlich kein Beweis zu entnehmen, für diese Klasse müsse auch die **missio** zuerst eingeführt worden sein.

Gehen wir nun aber genauer darauf ein, wie Ulpian in **fr. 1. de ventre** die **vice c. t. b. possessionis** stattfindende **missio** darstellt. Seine Auffassung ist ganz analog der, welche wir überhaupt von der **c. t. b. p.** haben kennen lernen. Wir sehen, daß in dem Satze, die **missio** werde **vice contra tabulas bonorum possessionis** gegeben, als etwas sich von selbst Verstehendes der andere Satz enthalten ist, sie stehe den **sui** zu. So heißt es gleich im §. 2:

> **Toties autem mittitur in possessionem venter, si non est exheredatus, et id, quod in utero erit, inter suos heredes futurum est. Sed et si incertum sit, aliquo tamen casu possit existere, quo, qui editur, suus futurus sit, ventrem mittemus; aequius enim est, vel frustra nonnunquam impendia fieri, quam denegari aliquando alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est.**

Ulpian giebt hier das eigentliche Princip an, welches dem

---

statklassen, welches uns der Scholiast ziemlich wortgetreu mitzutheilen scheint.

Digitized by Google

Institute zum Grunde liegt; der, welcher **dominus bonorum** werden wird, sobald er erscheint [8]), d. h. der **suus**, soll in aller Weise geschützt werden, auch auf die Gefahr hin, daß er nicht erschiene, also der Erbschaft unnütze Kosten verursacht worden wären. Dies Princip setzt aber die Suität nothwendig voraus, nur für sie gilt der Satz, daß, sobald der **suus** erscheint, er von selbst **dominus bonorum** wird, was ja die Römer soweit ausdehnten, daß der schon vorhandene **suus** auch bereits bei Lebzeiten des Vaters «**dominus quodammodo existimabatur.**» So spricht denn auch Ulpian in den folgenden §§. immer nur vom **suus**, und erst im §. 11. kommt er auf den **emancipatus**. Ebenso wie er bei der c. t. b. p. sagt: **Et sui juris factos liberos inducit in b. p. Praetor**, so sagt er hier: **Etiam ex emancipato venter ad possessionem admittitur.**

Wir sehen also auch hier, daß die **emancipati** nur als ein Anhang erscheinen, auf die analog ausgedehnt wird, was sich an und für sich nur auf die **sui** bezieht. Ulpian führt dies auch ausdrücklich noch weiter durch. Das eigentliche Princip der **missio** liegt hier nicht vor, denn von einem zukünftigen **dominus bonorum** ist hier nicht die Rede. Aber dennoch darf man analogisch den **emancipatus** dem **suus** gleichstellen:

Est enim aequissimum, partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est.

Die Verschiedenheit in der Ausdrucksweise ist auf den ersten Blick einleuchtend. Wenngleich der aus der Gewalt Getretene nicht **dominus bonorum** ist, so hat ihn doch die Prätorische Machtvollkommenheit durch Ertheilung einer b. p. dem **suus** gleichgestellt, und so ist denn auch billig, daß die **missio** auf ihn angewandt werde.

Wie sehr aus dieser Anschauung der **vice** c. t. b. p. gegebenen **missio**, das oben über die c. t. selbst und ihre Hauptrichtung auf die **sui** Gesagte bestätigt wird, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber das von Ulpian angegebene Princip der **missio** ist uns auch zum genaueren Verständniß ihrer selbst

8) S. Bd. I. S. 6. Note 8.

Digitized by Google

dienlich, und wir werden daraus leicht ableiten können, wie wir uns überhaupt ihre Verbindung mit der c. t. b. p. zu denken haben.

Ich glaube allerdings nicht, daß die **missio** gleich anfangs in der Ausdehnung aufgestellt worden sei, welche sie später hatte, und das Bisherige zeigt uns wohl genügend an, wo wir den Ursprung des Institutes zu suchen haben. Es war ursprünglich nur ein Recht der **sui**, und daß der Prätor zu ihrem Besten darauf kam, die väterliche Erbschaft in dieser Weise ihnen zu bewahren, ist doch auch so erstaunlich natürlich. Und diese seine ursprüngliche Gestalt hat das Institut trotz der weiteren Ausdehnungen doch eigentlich noch vollkommen bewahrt. Eine ganz volle Uebertragung haben die Römer nur bei den emancipirten Kindern zugelassen, weil diese **rescissa emancipatione** als **sui** fingirt wurden. Bei den übrigen Klassen dagegen hat nur eine limitirte Anwendung statt gefunden. Das Princip war ja, daß es sich um den zukünftigen **dominus bonorum** handele, und dieser alimentirt werden müsse, wogegen es nicht in Betracht kommen solle, daß vielleicht hinterdrein die ganze Hoffnung vereitelt würde, und mithin unnütze **impendia** gemacht worden seien.

Diesen vollen Begriff der Mission hat man stets nur für die Kinder anerkannt, auf die übrigen Erbberechtigten wurde bloß der Satz ausgedehnt, daß dem noch nicht Geborenen sein Theil aufbewahrt werden solle, ja auch mit Hinzuziehung der Grundsätze des **Carbonianum edictum**, daß ein etwaiger Proceß über den **status** bis zur Legitimität aufzuschieben sei. Aber von Alimentation soll hier nicht die Rede sein, und deßhalb wird auch eine solche **missio**, die hier ganz mit der **Carboniana b. p.** in Eins zusammenschmilzt, ohne alle **causae cognitio** ertheilt. Letztere, und mithin die eigentliche **missio**, tritt nur ein, wo der **venter cum liberis admittitur** [9]). Deßhalb sagt denn auch Ulpian, daß bei der **sec. tab. b. p.** ein **extraneus postumus institutus** nur mittirt werde, wenn die **mater aliunde se alere non possit** [10]).

---

9) Fr. 7. pr. §. 1. de ventre.

10) Fr. 6. eod.

Digitized by Google

Hiernach ist aber der Rückschluß wohl unzweifelhaft, daß, da die Suität das eigentliche Grundprincip der Mission ist, ihre Verbindung mit c. t. b. p., wie wir sie in den Quellen finden, nur eine äußerliche ist, nicht aber, daß wir uns ohne die c. t. das Bestehen der missio gar nicht denken könnten. Dies zeigt sich auch noch sehr deutlich zur Zeit Ulpians. Die Verbindung beider ist nur eine negative, indem der suus, welcher auf alle Fälle von der c. t. ausgeschlossen, d. h. exheredirt ist, auch keinen Anspruch auf die missio hat. Ulpian sagt dies in dem vorher mitgetheilten fr. 1. §. 2. ausdrücklich. Dagegen das positive Erforderniß der c. t., daß er präterirt sein müsse, ist gar nicht nöthig, und es ist gewiß keine erst spätere Ausdehnung, daß man die sui auch wenn sie instituirt waren, oder ab intestato mittirte [11]). Ferner ist wohl zu bemerken, daß, selbst wenn der suus präterirt war, er gar nicht nöthig hatte, hinterdrein, wie das bei allen Uebrigen, namentlich den emancipati, der Fall war, noch eine b. p. zu erbitten [12]). Also für denjenigen, der dominus bonorum futurus est, steht die missio in gar keiner nothwendigen Verbindung mit der Agnition einer b. p.; sie steht ihm frei, und kann je nach den einzelnen Fällen eine c. t. sec. tab., oder ab intestato bon. poss. sein, aber sie kann, da ihm die Erbschaft ipso jure zufällt, auch unterbleiben, und er steht dann doch der folgenden Klasse entgegen.

Es bedeutet also die Verbindung mit der c. t. nur so viel, daß jeder suus, dem die c. t. deferirt wird, falls er noch nicht geboren ist, die missio veranlassen kann, aber die missio kann auch eintreten, wenn dem suus nach seiner Geburt eine andere Klasse der b. p. deferirt wird. Mithin ist das Gebiet der missio weiter, aber da sie doch beide darin völlig übereinstimmen, daß sie den sui non exheredati gegeben werden, so war es sehr natürlich, daß die Römer die missio der sui gleich an die c. t. b. p., seitdem diese über-

11) Fr. 6. pr. de inoff. test.

12) Fr. 2. §. 11. ad SC. Tert. — Et puto non nocere, si non suus patri agnascitur; neque enim sufficit mitti in possessionem, nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.

Digitized by Google

haupt beſtand, knüpften, denn ſtets, wo der **suus** dieſe erbitten kann, wird einſtweilen **vice c. t. b. possessionis die missio** gegeben [13]); aber freilich findet ſie für den **suus** auch noch **vice secundum tabulas** oder **ab intestato bonorum possessionis** ſtatt. Danach können wir uns ſehr wohl eine Zeit denken, wo es noch keine **c. t. b. p.** gab, eine **missio** aber für die **postumi sui** bereits beſtand, mogten ſie nun **ex testamento** oder **ab intestato** (wenn gar kein Teſtament gemacht war, oder ſie es rumpirt hatten) gerufen werden. Und in der That müſſen wir eine ſolche Zeit annehmen, da bei der **missio** ſchon Servius citirt wird [14]), wogegen die Einführung der **c. t. b. p.** erſt einer ſpätern Zeit zugeſchrieben werden kann.

§. 80. **2. Die missio ex Carboniano edicto.** — Dies Nebeninſtitut hat in Bezug auf ſeinen Zuſammenhang mit der **c. t. b. p.** ſehr viel Aehnlichkeit mit der **missio ventris nomine**, nur daß es noch viel mehr auch in den Digeſten die Geſtalt zu Tage legt, welche wir in dem vorigen § der urſprünglichen und eigentlichen **missio v. n.** vindicirt haben. Seine Hauptvorausſetzung iſt das Kindesverhältniß gegen einen **pater familias** [1]), welches dem, der Erbanſprüche macht, beſtritten wird, und die Ausdehnungen, wonach dieſes Inſtitut auf andere Erbklaſſen übertragen iſt, ſind noch viel ſingulärer als bei jener **missio**. An und für ſich iſt eine Ausdehnung überhaupt gar nicht bei allen Klaſſen denkbar, z. B. nicht bei einem **extraneus heres institutus**, während hier allerdings eine **missio ventris nomine** ſtatt finden konnte, es muß doch wenigſtens immer ein Verwandtſchaftsverhältniß gedacht werden, worauf Jemand ſein Erbrecht ſtützen

13) Die c. t. b. p. des präterirten **postumus suus** iſt ja überhaupt für ſeine Perſon nur eine nominelle, und bezieht ſich alſo hauptſächlich auf die Concurrenz mit anderen **liberi**, welche die c. t. b. p. erbaten.

14) Fr. 1. §. 24. de ventre.

1) Fr. 1. pr. de Carb. ed. — Si cui controversia fiet, et inter liberos sit, et impubes sit, causa cognita perinde possessio datur, ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis causa cognita differtur.

Digitized by Google

will, und welches nun von Anderen bestritten wird. So finden sich allerdings analoge Anwendungen des **Carbonianum edictum** auf die **maternae**, die **fraternae hereditates**, sowie überhaupt auf die Klasse der **legitimi**, aber daß dies doch nur Anomalien sind, zeigen die Stellen, welche davon reden, auf den ersten Blick [2]).

Deßhalb ist auch, während das Edict und so die Römischen Juristen in den Edictscommentaren von der Mission zu erwartender **postumi** an verschiedenen Orten sprachen, von der **Carboniana b. p.** lediglich hinter der **c. t.** die Rede, und es bildete das **Carbonianum edictum**, wie schon aus dem Worte zu ersehen ist [3]), einen eigenen (hinter der **prima pars** d. h. der **c. t. b. p.** stehenden) Abschnitt im Prätorischen Edict.

Das Carbonianische Edict enthält also ein eigenthümliches Recht der **liberi**, und da eben diese **liberi** (in derselben technischen Bedeutung) auch vom Prätor zur **c. t. b. p.** gerufen werden, so sagt deßhalb Ulpian in **fr. 1. §. 3. de Carb. ed.**, um den Umfang der hier im Allgemeinen berechtigten Personen zu bezeichnen:

> **Et generaliter dicimus, his demum Carbonianum competere, quibus contra tabulas bonorum possessio competit, his vero non competere, qui repelluntur a contra tabulas bonorum possessione.**

Dies soll aber nur den Kreis der **in abstracto** berechtigten Personen bezeichnen, es heißt nur soviel als: dieselben **liberi**, welche der Prätor bei der **prima pars edicti** meint, für diese ist auch das **Carb. ed.** aufgestellt. Wir dürfen nicht glauben, daß diese **liberi** nur dann dazu berechtigt seien, wenn sie im einzelnen concreten Fall die **c. t. b. p.** zu agnosciren haben, d. h. also wenn sie **präterirt** sind. Vielmehr sagen uns die unzweideutigsten Stellen, daß, auch wenn sie instituirt sind, oder wenn gar kein Testament gemacht ist, bei allen

---

2) **Fr. 7. §. 1. de ventre in poss. Fr. 3. §. 7. fr. 6. pr. §. 1. de Carb. ed.**

3) S. Bd. I. S. 68.

Digitized by Google

Klaſſen, worin dieſe **liberi** überhaupt gerufen werden (alſo **unde liberi**, ferner in der erſten Klaſſe der **legitimi**, endlich **unde cognati**), das **Carbonianum edictum** eintreten kann [4]). Es findet ſich alſo hier genau derſelbe Zuſammenhang mit der c. t. b. p., welchen wir im vorigen § für die urſprüngliche und eigentliche **missio ventris nomine** nachgewieſen haben. Es wird damit nur ausgedrückt, daß man hier von denſelben **liberi** ſpreche, wie bei der c. t., und daß dieſe **liberi** nicht erheredirt ſein dürfen [5]).

Unter dieſen **liberi** verſtehen aber die Römer, wie wir nun ſchon mehrfach geſehen haben, an und für ſich nur die **sui**, ſo daß ſie es gar nicht für unnöthig halten, noch beſonders hinzuzufügen, die **emancipati** ſeien den **sui** gleichgeſtellt worden. Nun ſcheint es mir aber von großer Bedeutung, daß ſich eine ſolche Stelle, wie **fr. 1. §. 6. de c. t. b. p.** und **fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**, im Titel **de Carbon. ed.** gar nicht findet, ja noch viel mehr, daß überhaupt in dieſem ganzen Titel gar kein Fall erwähnt wird, wo einer Perſon, deren Ausgetretenſein aus der Gewalt des Erblaſſers feſtſtände, deren cognatiſches Kindesrecht aber beſtritten würde, eine **b. p. Carboniana** gegeben wäre [6]). Vielmehr ſieht man aus der häu-

4) Fr. 3. pr. h. t. — Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem, et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum, veluti si paterfamilias ita instituerit: postumus heres esto, vel: postuma heres esto, et negetur esse verum, quod in testamento scriptum est. Fr. 6. §. 2. eod. — Huic autem edicto locus est, etiamsi ab intestato ad bonorum possessionem veniant liberi, tametsi ex inferioribus partibus petant: qua legitimi vocantur, quoniam sui sunt, (d. h. wenn ſie nach Verſäumung der Klaſſe unde liberi, im ordo unde legitimi als sui die b. p. erbitten), vel ex illa, quae cognatis datur.

5) Fr. 20. de inoff. — Außer natürlich, wenn dieſen Erheredirten doch der Weg zur Succeſſion dadurch eröffnet wird, daß ein präterirter Bruder die Inteſtaterbfolge eröffnet oder ſonſt ſich das Teſtament als nichtig erweiſt. Fr. 7. §. 6 h. t.

6) Fabricius (b. p. S. 182. Not. 265.) beruft ſich für das Gegentheil auf fr. 7. pr. §. 1. und fr. 8. §. 1. h. t.; aber es bedarf wohl

Digitized by Google

sig wiederkehrenden Bezeichnung des Erblassers durch paterfamilias, und überhaupt aus der Fassung jeder einzelnen Stelle, daß die Römischen Juristen unter den liberi hier lediglich die sui verstehen. Ja in fr. 8. §. 1. h. t. wird ausdrücklich das filium esse und das in potestate patris esse getrennt, und auch wenn nur Letzteres zweifelhaft sei, die b. p. Carboniana zugelassen.

> Item si emancipatus decessit intestato, superstite filio impubere, qui se ei suum esse dicit, ego contendo ante emancipationem conceptum, atque ideo in mea potestate esse, et bona emancipati ad me pertinere; et quidem hunc filium esse constat, sed hactenus de statu ejus quaeritur, in potestate patris fuerit nec ne? Sententia tamen edicti procul dubio ex Carboniano admittitur.

Aber hierin liegt doch der deutliche Beweis, daß eben das Bestrittenwerden des status eines suus die regelmäßige Voraussetzung des Edictes ist.

Wir haben nun die Gründe und Folgerungen dieser Beschränkung der Carboniana possessio auf die sui näher in's Auge zu fassen.

Zuerst leuchtet ein, daß ein aus der Gewalt Getretener

---

keiner Ausführung, daß es sich hier lediglich um die Frage handelt, ob Jemand suus sei oder nicht. Dagegen müßten wir hier einen Fall haben, wo es feststeht, daß die zu mittirende Person sui juris sei, aber ihre Abstammung vom Erblasser bestritten wird. Die einzige Andeutung davon könnte man (so viel ich sehe), in fr. 20. de inoff. finden wollen: toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, heres esset aut bonorum possessor. Man müßte hier unter dem Letzteren einen filius verstehen, der aber nicht heres, sondern lediglich b. possessor wäre, und damit den emancipatus meinen. Aber abgesehen, daß dies in den Worten gar nicht sicher liegt, so ist jedenfalls die Beziehung auf den emancipatus durch gar nichts gefordert. Es giebt sui, die lediglich durch die b. p. zur Erbschaft gelangten (fr. 1. §. 4. de Carb. ed.) und auch die Accrescenzerben bekamen ja durch die c. t. b. p. erst einen Anspruch auf die tota hereditas.

Digitized by Google

beim Carb. ed. nur in singulären Fällen überhaupt denkbar ist. Bei einem Kinde ersten Grades scheint es kaum möglich, daß, wenn der Vater es anerkanntermaßen vor dem vierzehnten Jahre emancipirt hat, demselben sein Kindesverhältniß sollte angefochten werden können. Denn durch die Emancipation hat ja doch der Vater das Kind als das seinige anerkannt, und es müßte ein sehr complicirter Fall angenommen werden, wenn hier doch Jemand z. B. die Unterschiebung des Kindes behaupten wollte. Denkbarer wird der Fall, wenn man einen Descendenten entfernteren Grades annimmt; also z. B. der Vater den Sohn emancipirt hatte, von dem nun ein nach der Emancipation concipirter unmündiger Enkel, nachdem der Sohn schon gestorben ist, auf die großväterliche Erbschaft Anspruch macht. Wenn man nun ihm gegenüber die Unterschiebung behauptete, und so war ihm allerdings die sofortige Zulassung mittelst der **Carboniana praesumtio** von großem Interesse. Sollten wir nun diese hier läugnen können, weil sie für diesen Fall in den Quellen nicht erwähnt wird? Ich glaube dies keineswegs, da man sie ja sogar den Kindern in Beziehung auf die **materna hereditas** zugestanden hat, aber freilich meine ich, daß man den **emancipatus** ebensosehr als die Kinder rücksichtlich der mütterlichen Erbschaft von dem eigentlichen Gebiete der **missio Carboniana**, bei der die Römer immer **sui** vor Augen hatten, sondern müsse. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Daß die **Carboniana b. p.** ein **decretum** des Prätors voraussetzt, leidet keinen Zweifel. Die Römer nennen ihre Ertheilung kurzweg das **Carbonianum decretum** [7]). Sie enthält ein außerordentliches Eingreifen der Prätorischen Machtvollkommenheit. Das Kind soll einstweilen als rechtmäßiges präsumirt werden, ohne daß aber dadurch der Wahrheit präjudicirt würde, welche nach dem Eintreten des Kindes in die Pubertät genauer untersucht werden muß. Es fragt sich nur, in wie weit diese Ertheilung der **Carb. b. possessio** eine Veränderung in den gewöhnlichen Regeln hervorbringt, nach

7) Fr. 7. pr. §. 4. §. 6. h. t.

Digitized by Google

welchen das Erbrecht, das civile wie das Prätoriſche, realiſirt zu werden pflegt.

Hier finden wir nun, daß das Prätoriſche Erbſyſtem und die Grundſätze des **successorium edictum** durch die **Carb. possessio** gar nicht afficirt werden, und ebendeßhalb muß der **missus**, wenn er die weitere Delation der **b. p.** ſiſtiren will, ſelbſt daneben die **ordinaria b. p.**, die ihm ja immer deferirt iſt, **agnosciren** [8]). Dies erklärt ſich leicht aus dem allgemeinen Begriff der **b. p.**, bei welcher die Römiſchen Juriſten eine wo möglich raſche Erbſchafts-Regulirung ſtets hervorhoben [9]), die doch jetzt neben der ganz interimiſtiſchen **Carbon. possessio** ſchon ebenſo erledigt werden kann, als ſpäter. Dagegen die Frage über die Civilerbſchaft muß einſtweilen ſiſtirt werden. In dem Falle, von dem die Römiſchen Juriſten immer ſprechen, nämlich wenn es ſich um einen **suus** handelt, iſt ja dieſer, falls ihm ſein **status** mit Unrecht beſtritten wird, der **heres**, und ihm ſteht die **hereditatis petitio** zu. Im entgegengeſetzten Fall dagegen iſt der Gegner der **heres**. Man weiß alſo noch gar nicht, wer der civilrechtliche Erbe ſei, und dies muß erſt durch die Anſtellung der **her. petitio**, welche jeder von Beiden unternehmen kann, zur Entſcheidung gebracht werden. Wegen der Impubertät des einen Theils ſoll aber dieſer Erbſchaftsproceß einſtweilen noch gar nicht ſtatt finden. Man nimmt nun heutzutage gewöhnlich an, daß die **Carboniana possessio** deßhalb eine **decretalis** ſei, weil der Prätor der Ertheilung eine **causae cognitio**, und zwar eine doppelte vorausgehen laſſe [10]). Indeß muß ich dies durchaus läugnen. Wir werden ſpäter noch allgemeiner den Satz feſtzuſtellen haben, daß zwiſchen den **causae cognitiones** und dem **decretum** an und für ſich gar kein directer Zuſammenhang ſtatt findet. Die **causae cognitiones** können ſich auch lediglich darauf be-

---

8) **Fr. 3. §. 15. h. t. Sed oportebit hunc, qui se filium dicit, non solum Carbonianam b. p. accipere, verum etiam ordinariam agnoscere.**

9) **Fr. 1. de bon. poss. furioso.** — »**Ne bona jaceant.**« **Bd. I. S. 386. Not. 3.**

10) **Fr. 1. pr. fr. 3. §. 5. h. t.**

Digitized by Google

ziehen, ob die Voraussetzungen des Edictes vorhanden sind, und die Entscheidung des Prätors ist hier entweder **datio** oder **denegatio bonorum possessionis** [11]). Dies nennen dann aber die Römer keineswegs ein Decretum, sonst müßte ja jede ertheilte b. p. eine **decretalis** sein, vielmehr hat eine wahre **decretalis b. p.** noch immer ganz besondere Voraussetzungen. Das können wir auch hier bei der **Carboniana** erkennen, bei der es sehr deutlich hervortritt, daß die **causae cognitio** und das Decretum zwei ganz verschiedene Dinge sind, und wahrlich nicht bloß, weil jene vorgenommen wird, Letzteres eintritt. Dies erhellt aus fr. 6. pr. h. t.

> **De bonis matris an decretum interponendum sit quaeritur. Et decretum quidem non est interponendum, dilatio autem longissima danda est, quae in tempus pubertatis extrahet negotium.**

Wenn hier der Prätor den Streit über die Rechtmäßigkeit des Kindes bis zur Pubertät aufschiebt, so kann doch kein Zweifel sein, daß er dieselben **causae cognitiones** anstellt, welche überhaupt bei der **missio Carboniana** statt finden [12]). Dennoch soll hier das sollenne **decretum** nicht interponirt werden, weil überhaupt die **maternae hereditates** außerhalb des eigentlichen Gebietes unserer Lehre liegen. Wenn aber hier das **decretum** unterblieb, so scheint es mir noch viel weniger bei einem Emancipirten rücksichtlich des väterlichen oder großväterlichen Vermögens gedacht werden zu können.

Ich wüßte keinen Grund, weßhalb an und für sich zur Ertheilung der **Carboniana b. p.**, wenn man sie bloß aus dem Gesichtspunkte einer interimistischen Besitzesverleihung be-

---

11) Fr. 10. h. t.

12) Noch viel weniger ist ein Decret denkbar, wenn nach fr. 7. §. 1. de ventre in poss. im ordo unde legit. der Streit bis zur Pubertät aufgeschoben wird, weil hier gar nicht einmal die possessio ertheilt wird, also auch die vorgängige causae cognitio wegfällt. — Nicht zu verwechseln mit dem Fall der materna hereditas, wenn über den status des Kindes Zweifel bestehen, ist der andere, §. 76. Note 3. erwähnte (fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.), wenn der status der Mutter ungewiß ist. Hier bedarf es nämlich, um dem Kinde sein Recht zu bewahren, eines decretum.

Digitized by Google

trachtet, mehr als zu jeder anderen b. p. ein **decretum** nöthig sein sollte. Alle b. **possessiones** sind einstweilige Constituirungen eines **possessor**, über das Recht eines **heres** wird dadurch an und für sich gar nicht entschieden, es hängt von weiteren Umständen ab, ob die b. p. **cum** oder **sine re** sein werde. Wenn also beim **Carbonianum edictum** nichts Weiteres in Betracht käme, so müßte die Erlassung eines **decretum** hier eine ganz unerklärliche Singularität sein, denn das Institut ist doch im Edicte vollkommen regulirt, und es kann also nicht deßhalb von einer **decretalis** b. p. gesprochen werden, weil hier über die Grenzen des Edicts hinaus der Prätor b. p. ertheilte.

Wenn wir aber, wie auch die Quellen thun, bei der **Carb. b. p.** einen **suus** voraussetzen, so liegt der Erklärungsgrund, weßhalb hier ein besonderes **decretum** nöthig war, nahe genug. Falls der zu mittirende **suus** wirklich ein legitimes Kind ist, so steht ihm das civile Erbrecht zu. Ein Gegner aber bestreitet seinen **status**, und behauptet deßhalb, er selbst sei der **heres**. Es muß hier also nothwendig zur **hereditatis petitio** kommen [13]), mag nun der Eine oder der Andere die klägerische Rolle übernehmen. Aber nun interponirt sich der Prätor; indem er die **Carboniana** ertheilt, entscheidet er gleichsam den Erbschaftsproceß, d. h. indem er sich nach der von ihm aufgestellten Präsumtion für den **impubes** erklärt, läßt er nicht bloß den Proceß unentschieden, sondern er erkennt dem Gegner sein civiles Erbrecht ab, und setzt den **impubes** ganz in die Lage, als wenn er mit der **her. pet.** gesiegt hätte. Freilich nur interimistisch bis zum Eintritt der Pubertät, aber das Wesen der Prätorischen Entscheidung wird dadurch nicht verändert, und sie hat auch auf den späteren wirklichen Erbschaftsproceß entschiedenen Einfluß, indem der Mittirte, wenn er nur Caution leistet, darin die Beklagtenrolle erhält, während er, wenn sein Gegner vor der Mission

13) Deßhalb setzen auch die Römer nicht bloß eine Bestreitung des **status**, sondern stets einen solchen Gegner voraus, welcher in Folge dessen eine **hereditatis controversia** veranlassen will. **fr. 6. §. 3. h. t.**

Digitized by Google

beſaß, die her. pet. ſelbſt hätte anſtellen müſſen [14]). Wir haben hier alſo eine b. p., die allen übrigen, bei denen das Recht des heres noch gar nicht in Frage kommt, vollkommen entgegenſteht. Es iſt die einzige, worin ſchon der Prätor über das civile Erbrecht ſelbſt entſcheidet. Rechnen wir nun noch hinzu, daß früher die Proceſſe über civiles Erbrecht vor die Centumvirn gehörten, daß hier alſo der Prätor in deren Competenz eingreift, ſo iſt jedenfalls nöthig, daß, wenn freilich die Berechtigung dazu dem Prätor entſchieden zuſteht, und er damit auch dem ſpäteren Erbſchaftsproceß gar nicht präjudiciren will, — der Spruch des Prätors ein wahres **decretum** ſein muß.

Ganz anders aber ſtellt ſich die Sache bei einem **emancipatus**. Dieſer iſt nicht **heres**, ſeinem Gegner alſo, der ihm ſein Verwandſchaftsrecht mit dem Erblaſſer ſtreitig macht, und die Erbſchaft in Anſpruch nimmt, wird ſein civiles Erbrecht gar nicht beſtritten. Eine **hereditatis controversia** findet gar nicht Statt. Es handelt ſich bloß darum, ob hier in der That eine Perſon berechtigt ſei, in einer Klaſſe, welche gegen den **heres cum re** iſt, b. p. zu erbitten. Dies iſt überhaupt die Frage von den bedingenden und vernichtenden Beweiſen, welche zur Agnition einer jeden b. p. gehören. Wir werden davon für die c. t. b. p. ſpäter noch beſonders ſprechen. Jedenfalls aber wird es wohl nicht eines eigenen Beweiſes bedürfen, daß z. B. die Frage von der Unterſchiebung eines Kindes unter die vernichtenden Beweiſe gehört [15]). Sie kann gegen den **b. possessor** auch wenn er über vierzehn Jahre iſt (mag er **suus** oder **emancipatus** ſein), ſtets noch vorgebracht werden, in deren Folge dann die b. p. als **non data** erſcheint, und der Gegner durch **her. aditio** oder auch durch **agnitio** der b. p. zur Erbſchaft gelangen kann [16]). War nun aber der agnoscirende **emancipatus** unter vierzehn Jahren, ſo zweifle ich gar nicht, daß der Prätor wie bei der müt-

14) fr. 6. §. 6. h. t.

15) S. Bd. I. S. 205.

16) Wir brauchen uns den Gegner gar nicht als Civilerben zu denken, es kann auch z. B. ein Cognat ſein, der durch Wegräumung des Vorgängers zur b. p. gelangen will.

Digitized by Google

terlichen Erbschaft die Frage noch sistirt haben wird, damit der, dessen ganzes Recht auf der **b. p.** ruht, die der Gegner als ganz ungültig darstellt, sich gehörig dagegen vertheidigen könne. Aber es fehlt ganz jene nothwendige Beziehung auf einen civilen Erbschaftsproceß, dessen Durchführung der Prätor durch seine Interposition sistiren müßte, es fehlen also alle Voraussetzungen eines **decretum** oder m. a. W. des eigentlichen **Carbonianum edictum.** —

Nach dieser Darstellung bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß man die mehren Stellen des Titels **de Carboniano edicto**, worin von der **hereditatis petitio** oder **controversia** die Rede ist [17]), ganz fälschlich dazu angewandt hat, um das Bestehen der **her. petitio possessoria** zur Zeit der klassischen Juristen darzuthun.

III. Das Recht der Emancipirten.

§. 81. Daß die **sui** die Hauptpersonen der **c. t. b. p.** sind, und daß die **emancipati** nur nebenbei noch hinzugezogen

---

17) S. außer den gelegentlich schon angeführten namentlich noch das vielbesprochene fr. 3. §. 13. h. t., worin es heißt, daß der **missus** einstweilen mit dem Besitze (und den **possessoriae actiones** d. h. dem **Int. quor. bon.** und den **fictitiae actiones.** fr. 4. eod.) zufrieden sein soll; wenn er aber doch die civilen Einzelklagen oder die **her. pet.** anstellen wolle und sich dafür auf die **praesumtio Carboniana** berufe (**quasi bonorum possessor Carbonianus**), so sei ihm die **doli exc.** entgegenzustellen; wogegen freilich, wenn er auf die **praesumtio Carboniana** verzichten wolle, ihn natürlich Niemand hindern könne; denn die ganze Präsumtion war ja nur zu seinem Besten aufgestellt, damit er eben die **directa actio quasi heres**, worin schon über seinen **status** und sein civiles Erbrecht definitiv entschieden wird, nicht aufzustellen brauche, und doch zum Besitz gelange. — Die Stelle setzt also voraus, daß ein **Carbonianus b. possessor** an und für sich nur die **possessoriae actiones** anstellen darf, und wenn er mehr will, auf das **beneficium** der **praesumtio Carb.** verzichten muß; dies aber beweist, daß aus der gewöhnlichen **c. t. b. p.**, die ja im Uebrigen von der **Carboniana** nicht verschieden ist, ebenfalls nur die **possessoriae actiones** (**fictitiae u. Int. quor. bon.**) hervorgehen, daß also von einer **hereditatis petitio possessoria** hier nirgend eine Spur ist.

Digitized by Google

wurden, ſcheint mir durch die bisherigen Ausführungen genügend bewieſen. Es iſt alſo die Erweiterung der c. t. auf die **emancipati** als ein zweiter Schritt zu denken, der aber ſo nahe lag, daß er vielleicht ſehr bald der erſten Aufſtellung des Edicts über die c. t. b. p. gefolgt iſt. Indem der Prätor darin alle **liberi sui** zuſammenfaßt, mußte doch ſein Blick auch auf die fallen, welche freilich jetzt nicht mehr **sui** ſind, aber es doch geweſen waren, und ebendeßhalb auch jetzt noch **non plane alieni** genannt werden können. Dies ſind die in ihre eigene Gewalt (**sui juris facti**) und die in die Gewalt eines Anderen Gegebenen (**in adoptionem dati liberi**). Gaius ſtellt, nachdem er das Recht des **filius**, der Accrescenzerben und der **postumi sui** entwickelt hat, das Recht beider Perſonen zuſammen (II. 135—137.), und damit iſt denn auch der Kreis der formellen Notherben geſchloſſen. Uebergehen wir hier einſtweilen den Zuſammenhang, der zwiſchen den in eigene und fremde Gewalt Gegebenen wahrſcheinlich beſtanden hat, und betrachten wir bloß die Erſteren, welche jedenfalls zu einem viel volleren Rechte, nämlich zu einem ganz ſelbſtſtändigen Anſpruch auf die c. t. b. p. gelangt ſind. Es iſt oben ſchon hervorgehoben, daß darunter keineswegs bloß die Emancipirten [1]), ſondern viele andere Fälle der aus der Gewalt des Erblaſſers Getretenen verſtanden werden [2]), weßhalb

---

1) Zu dieſen gehören nicht bloß die, auf deren Perſon ſich das Rechtsgeſchäft der Emancipation bezog, ſondern auch ihre Kinder, ſelbſt die erſt nach dem Tode des Erblaſſers Geborenen. **Fr. 3. pr. fr. 6. pr. §. 1. u. 2. de b. p. c. t. fr. 1. §. 11. de ventre in poss.**

2) Die genauere Darſtellung dieſer Fälle kann ich hier übergehen, indem ich auf Francke's Notherbenrecht S. 123 ff. und Mühlenbruchs Commentar **XXXVII.** S. 55 ff. verweiſe. — Es gehört hieher 1) der in der Gewalt des Großvaters gebliebene Enkel gegen den emancipirten Vater. **Fr. 7. 16. 21. pr. de b. p. c. t.** Bei Francke ſind dieſe Stellen durch einen Druckfehler in eine verkehrte Note geſetzt worden. Ueber fr. 16 ſ. namentlich Mühlenbruch S. 75. Note 95. 2) Der Sohn gegen den in eine fremde familia adoptirten Vater, welchem der Sohn nicht gefolgt war **fr. 3. §. 9. eod.** 3) Der von einem in Adoption gegebenen Sohn erzeugte und emancipirte Enkel gegen den leiblichen Großvater **fr. 6. §. 4. fr. 14. §. 1. eod.** 4) Die durch gewiſſe Würden aus der väterlichen Gewalt Getretenen

Digitized by Google

denn auch Ulpian bei der genauen Darstellung der zur c. t. b. p. berechtigten Personen sie mit dem allgemeineren Ausdruck der **sui juris facti liberi** zusammenfaßt. Aber dabei ist doch anzuerkennen, daß die Römer, wo sie nicht ganz besonders genau von der Sache sprechen, mit dem Ausdruck **emancipati** kurzweg alle diese Fälle der **sui juris facti liberi** bezeichnen. Eine Reihe von Stellen dieser Art, worin die Beziehung auf die eigentliche Emancipation gezwungen sein würde, ist schon im Bisherigen enthalten, und so können denn auch wir diese kürzere Terminologie befolgen. —

Ich sagte, daß es sehr nahe lag, die Emancipirten zur Theilnahme an die Successsion der **sui** zu admittiren. Der Prätor hatte das Recht der Accrescenzerben mit dem der nachgeborenen Kinder ausgeglichen. Es sollte nicht mehr darauf ankommen, ob das Kind vor oder nach der Testamentserrichtung in die väterliche Gewalt getreten sei. Aber es war der Tendenz der damaligen Zeit auch nicht mehr angemessen, daß durch spätere Auflösung der väterlichen Gewalt das Erbrecht untergehen solle. Unter den Emancipirten begreifen wir nun den **filius**, die **filia**, die **nepotes etc.**, also, abgesehen vom **filius**, dieselben Personen, welche den Kreis der Accrescenzerben ausmachen. Indem daher der Prätor, dem Geist der Zeit folgend, die Emancipation rescindirt, und als nicht geschehen fingirt [3]), so war die von selbst sich ergebende Folge, daß ihnen die c. t., welche ja den Accrescenzerben zusteht, zu Theil wurde, denn die Fiction bewirkt, daß ihnen dieselben Rechte eingeräumt werden, welche die **sui** haben.

Für die Mehrzahl der Emancipirten also ergab die Rescission der **cap. dim.** ganz von selbst das Resultat, daß sie die wahre c. t., so wie diese für die Accrescenzerben bestand, erhielten. Für den **emancipatus filius** dagegen hätte sie, da

---

(flamines diales, Vestalinnen und die von Justinian eingeführten Fälle §. 4. I. quib. mod. jus pot. solv.). 5) Der mit dem Vater zugleich mit der Civität beschenkte Peregrine. Collatio XVI. 7. §. 2.

3) Fr. 6. §. 1. de b. p. fr. 3. §. 5. de b. p. c. t. fr. 4. u. 5. §. 1. si tab. test. null. l. 9. Th. C. de bon. proscript (9. 42.).

Digitized by Google

er nun als **filius suus** fingirt wurde, eigentlich dazu führen müssen, daß man ihm die nominelle c. t., also eine fingirte vollkommene Inteſtatſucceſſion gewährte. Aber es liegt am Tage, daß es thörigt geweſen wäre, hier die Conſequenz bis aufs Aeußerſte zu treiben. Die **filii sui** waren trotz ihres Civilrechtes aus den oben angeführten Gründen mit in das Gebiet der c. t. aufgenommen worden, freilich nur formell, indem man für ihre Perſon ganz das Recht der Inteſtatſucceſſion beſtehen ließ. Aber der Grund davon war doch nur, weil ſie wirklich das Civilrecht für ſich haben, und der Prätor ihnen dies nicht ändern will. Beim **filius emancipatus** aber iſt nicht wirkliches Civilrecht vorhanden, man will ihn nur dem **filius suus** praktiſch gleichſtellen; das aber erreichte man ſchon, wenn man ihm nur die wahre c. t. b. p. gab. Denn die Wirkungen derſelben ſind, wie wir ſehen werden, dem praktiſchen Effecte nach, denen der Inteſtatſucceſſion ganz gleich. Wozu alſo die Weitläuftigkeit machen, und für den **filius emancipatus** noch den beſonderen Begriff einer fingirten Inteſtatſucceſſion aufſtellen, da ja überhaupt die Scheidung der Söhne von den übrigen **liberi** der damaligen Zeit nicht mehr gemäß war, und man alſo wahrlich nicht genöthigt war, ihn noch weiter als im Kreiſe der **sui jam nati**, feſtzuhalten. War er ja doch auch ſchon bei den **postumi sui** nicht vorhanden.

So kam es, daß man alle Emancipirte, auch den **filius** mit inbegriffen, ohne weitere Unterſcheidung zur c. t. b. p. hinzuzog. Wir können alſo kurz ſagen: die **emancipati** erhielten das Prätoriſche Recht der Accrescenzerben, d. h. ſie bilden die zweite Hauptklaſſe der zur wahren c. t. b. p. berechtigten Perſonen, während die beiden anderen Klaſſen von Perſonen, die **filii** und **postumi sui** darin **eo jure** gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili**. Wir wollen deßhalb in der Folge um der Kürze willen die letzteren Beiden, bei denen die c. t. nur nominell iſt, die civilen Notherben nennen, und ihnen die Accrescenzerben und Emancipirten als Prätoriſche Notherben gegenüberſetzen.

Immer aber müſſen wir feſthalten, daß unter dieſen Prätoriſchen Notherben die Accrescenzerben die Hauptperſonen, die Emancipirten die nebenbei Herzugezogenen ſind, da das Grund-

Digitized by Google

princip der c. t. die Regulirung des Erbrechts der sui ist. Abgesehen von den bisher schon vorgebrachten Beweisen, wird dies noch aus vielen Punkten der folgenden Darstellung hervorgehen. Wir werden sehen, daß die ganze Gestaltung der c. t. sich eng an das civile Recht der Accrescenzerben anschließt; daß sie nur da, wo es nöthig war, dieselben mit den übrigen sui auf gleiche Stufe zu stellen, davon abweicht, im Uebrigen aber das gesammte Civilrecht der ceterae lib. pers. unverändert vom Prätor anerkannt wird. Dies Institut sollte ja zu nichts weiter dienen, als die auffallenden juris iniquitatas zu tilgen. Im Uebrigen kam es dem Prätor nicht in den Sinn, willkührliche neue Bestimmungen zu treffen. Dagegen die Emancipirten erscheinen allenthalben als die Nebenpersonen, auf die Gestaltung der c. t. selbst haben sie nicht eingewirkt. Sie müssen sich damit begnügen, dasselbe Recht zu haben, wie es für die Accrescenzerben festgestellt wurde. Sie sollen diesen ja lediglich gleichstehen, auf ein etwaiges besseres Recht, welches an und für sich aus ihrer Emancipation folgen würde, müssen sie verzichten, woraus denn auch ihre Collationspflicht sich von selbst erklärt.

Nicht klarer kann das Gesagte wohl bewiesen werden, als gleich durch folgenden Punkt, der hier schon zu erledigen ist.

Das Römische Recht that nämlich bei Gaius Lebzeiten wieder einen Rückschritt. Die lobenswerthe Gleichstellung, welche den Accrescenzerben durch die c. t. b. p. mit den übrigen sui zu Theil geworden war, wurde durch ein Rescript Mark Aurels theilweise, nämlich für die Frauen, wieder aufgehoben, welche fortan auch nach Prätorischem Rechte nicht mehr erhalten sollten, als ihnen ihr civiles Accrescenzrecht gewährte [4]). Die Art wie Gaius (II. 126.) dies berichtet, bestätigt vollkommen das von mir angegebene Verhältniß, in dem wir uns die Emancipirten zu den Accrescenzerben zu denken haben.

> **Sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo, non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod jure accrescendi conseque-**

4) L. 4. pr. C. de lib. praeter.

rentur; quod in emancipatis feminis similitas optinet, scilicet ut quod accrescendi jure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem haberent.

Die emancipirte Tochter, Enkelin ꝛc. hat ja die c. t. b. p. nur als fingirte Accrescenzerbin, und wenn nun gleich das Rescript nur von den wirklichen Accrescenzerben sprach, so mußte doch jene dem Recht der Emancipirten zum Grunde liegende Fiction auch der Grund der neuen Beschränkung ihres Erbrechts werden. Wir sehen also auch hier, daß das Recht der **sui** bei der c. t. b. p. immer die Hauptsache ist, nach der sich dann das der Emancipirten von selbst richtet. Aber natürlich ist gar nicht daran zu denken, daß dies Antoninische Rescript auch auf die **postumae suae** ausgedehnt worden wäre, denn wenn diese auch die c. t. haben, so ist diese doch nie von ihrem Civilrecht verschieden gewesen, und sie behielten also stets ein Recht auf die **tota hereditas**.

IV. Wirkungen der contra tabulas b. p.

§. 82. Wenn wir hier von den Wirkungen der c. t. b. p. reden, so haben wir dabei die wahre sich vom Civilrecht unterscheidende Erbklasse vor Augen, während von der nominellen c. t. oben schon festgestellt worden ist, daß sie die reine Intestatsuccession enthält. Wir werden von dieser letzteren fortan nicht weiter sprechen, bis bei der Darstellung der Concurrenz civiler und Prätorischer Notherben ihr eigentliches Wesen erst genau ermessen werden kann, so daß wir es also einstweilen nur mit der den Prätorischen Notherben verliehenen selbständigen c. t. b. p. zu thun haben.

Die Wirkungen derselben erklären sich von selbst aus bisher schon festgestellten Sätzen. Der Prätor will die Accrescenzerben und dann auch die Emancipirten praktisch denen gleichstellen, welche schon nach Civilrecht die Intestatsuccession eröffnen, d. h. sie sollen wie Gaius sagt, die **tota hereditas** also das materielle Vermögen ebenso erhalten, als wenn sie **ab intestato** succedirten. Alle Verfügungen des Testaments

Digitized by Google

wodurch dies materielle Vermögen auf Andere übertragen wird, müssen daher durch die c. t. vernichtet werden, im Uebrigen aber ist gar kein Grund vorhanden, von der für präterirte Accrescenzerben geltenden civilrechtlichen Regel abzugehen, daß das Testament als ein Ganzes, sowie in allen einzelnen unter jenen Gesichtspunkt nicht fallenden Theilen gültig sei.

Dies Princip, aus dem wir uns alle einzelnen Wirkungen der c. t. erklären können, wird auch ausdrücklich durch die Quellen bestätigt. Nirgends kommt in denselben der Ausdruck vor, es werde durch sie die Intestatsuccession eröffnet, im Gegentheil, wir haben schon Stellen kennen lernen, die es mit Entschiedenheit beweisen, daß die c. t. ein gültiges Testament voraussetzt (§. 71. Note 2. §. 73. Note 7.). Aber dabei wird doch der Zweck der c. t. folgendermaßen angegeben:

> **Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — Praetori enim propositum est, cum c. t. b. p. dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset** [1]).

Die Stelle sagt freilich nicht, was man so oft aus ihr abgeleitet hat, daß die Wirkung der c. t. die Intestatsuccession sei, aber sie beweist vollständig, daß der Prätor dadurch allen **liberi** die materiellen Theile zukommen lassen will, welche sie durch die Intestatsuccession als **sui** erhalten haben würden, und die der **filius** und die **postumi sui** auf diesem Wege auch im Fall der Präterition erlangen. So bildet die c. t. b. p. eine ganz selbständige Successionsart, in der Mitte zwischen der testamentarischen und Intestatsuccession stehend. Ihre Voraussetzung ist ein gültiges Testament, welches sie

---

1) S. auch fr. 25. pr. de leg. praest. **Qui filium emancipaverat, et nepotem ex eo retinuerat in potestate, testamento filium exheredavit, nepotem ex aliqua parte instituit heredem, et alium filium emancipatum praeteriit. Potest defendi, nepotem quoque bonorum possessionem c. t. petere posse; nam pro ea parte, qua quisque intestato suus heres esset, si pater suus heres non esset, bonorum possessio defertur.** Fr. 11. §. 1. de b. p. c. t.. — **Exemplo juris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur.**

Digitized by Google

auch formell nie vernichtet [2]), aus dem sie aber alle die Verfügungen tilgt, welche den Succedirenden materiell schlechter stellen würden, als die **ab intestato** Berufenen. In dieser Gestalt konnte sie in der That, was oben schon hervorgehoben wurde, und was auch die oben angeführte Stelle zeigt, als eine auf gleichen Principien ruhende Erbschaftsregulirung sämmtlicher **liberi** aufgefaßt werden. Auch die **sui**, welche wirklich formell die Intestatsuccession eröffnen, konnten mit in den Kreis der **c. t. b. p.** hineingezogen werden, da doch das materielle Princip bei ihnen und den Prätorischen Notherben dasselbe war, wenn gleich im Uebrigen die wahre und die nominelle **c. t. b. p.** sich auf das entschiedenste von einander trennen.

So hat denn gewiß die **c. t. b. p.** für die Accrescenzerben auch in dem Falle statt gefunden, wenn diese mit instituirten **sui** concurrirten. Obgleich Gaius davon gar nicht spricht, und wir jedenfalls den eigentlichen Einführungsgrund nicht hier, sondern in der Verleihung der **tota hereditas** gegen **extranei scripti** zu finden haben, so sollte doch das Institut nun eine Gesammt-Regulirung des Erbrechts aller **liberi** werden, und so mußten denn nicht bloß die Accrescenzerben, namentlich um von den Vermächtnissen befreit zu werden, den instituirten **sui** gegenüber die **c. t.** erhalten, sondern Letztere sogar auch wieder dieselbe aus der Person des Präterirten ab-

---

2) Gewöhnlich wird das Bestehenbleiben des Testaments bei der **c. t. b. p.** daraus gerechtfertigt, daß der Prätor kein civilrechtlich gültiges Testament habe für ungültig erklären können. Mir scheint aber dieser Grund ganz unzureichend. Er kann freilich ein gültiges Testament nicht zu einem civilrechtlich ungültigen machen, so wie er auch Niemanden zum heres creiren kann. Aber ebensogut wie sich Jemand **loco heredis** constituiren ließ, so hätte sich auch durch Fiction ein civilrechtlich gültiges zu einem Prätorisch völlig ungültigen machen lassen, ebensogut wie umgekehrt der Prätor ungültige Testamente für gültig erklärte. — Der Erklärungsgrund ist vielmehr, daß es gar nicht nöthig war, das Testament für nichtig zu erklären. Es sollten nur dem Accrescenzerben dieselben Vortheile zukommen, als wenn sie **ab intestato** succedirten, im Uebrigen blieb man beim Civilrecht stehen, daß das Testament durch ihre Präterition nicht ungültig werde s. §. 71. Note 3.

Digitized by Google

leiten können, damit eine ganz allgemeine gleichmäßige Succession über die ganze Erbschaft sich erstrecke. —

Nach dem angegebenen Principe leuchtet ein, daß durch die c. t. b. p. vernichtet werden müssen: die Erbeseinsetzungen (und Vulgarsubstitutionen), die Vermächtnisse, die Freiheitsertheilungen, denn durch alle diese Verfügungen würde, wenn sie gültig blieben, dem Notherben materielles Vermögen entzogen werden. Dagegen können von ihr nicht afficirt werden: die Pupillarsubstitutionen, die Vormundschaftsernennungen und die Exheredationen, denn die ersteren beiden vermindern jedenfalls nicht das dem Notherben zufallende Vermögen, die letzteren vergrößern es sogar.

Es ist bekannt, daß diese aus unserem Princip sich von selbst ergebenden Sätze in der That die Wirkungen der c. t. b. p. sind. Wir müssen sie aber noch genauer durchgehen, und auch namentlich einige wichtige Ausnahmen dabei kennen lernen, welche die Quellen uns aufweisen. Es wird rathsamer sein, die einzelnen Punkte in anderer Reihenfolge zu ordnen, als in der wir sie eben aufgezählt haben.

1. Die Institution. Wir sprechen hier nicht von den Fällen, wenn ein civiler oder Prätorischer Notherbe, der also im Fall der Präterition selbst ein Recht auf die nominelle oder die wahre c. t. b. p. hat, instituirt ist. Alle übrigen **scripti heredes** (wir wollen sie nach dem Beispiele der Quellen **extranei** nennen) müssen nach dem Princip der c. t. von der Erbschaft völlig vertrieben werden [3]), und der Accrescenzerbe oder Emancipirte tritt an seine Stelle. Dies ist, wie man leicht einsieht, die Hauptwirkung der c. t. [4]). — Es finden sich allerdings Ausnahmen hievon, die sich aber genau an die ausnahmsweise Aufrechthaltung der Legate anknüpfen, in deren Verbindung sie dann auch darzustellen sind, so daß hier also

3) Gai. II. 125.

4) Deßhalb sagt auch African in fr. 14. pr. de b. p. c. t., der Präterirte empfange die c. t. ab heredibus institutis, d. h. sie und ihre Vertreibung sind der hauptsächliche Grund und Zweck der c. t., im Gegensatz zu der commisso per alium edicto, welche umgekehrt der Instituirte vom Präterirten erhält.

Digitized by Google

nur erſt von der Regel, nach der die **extranei** zurückweichen müſſen, die Rede iſt.

An und für ſich nun iſt es keinem Zweifel unterworfen, daß die **c. t. b p.**, wie alle **bonorum possessiones**, nicht ein Eintreten in die Perſon des **heres**, ſondern direct in die Perſon des Verſtorbenen bewirkt. Der allgemeine Begriff der **b. p.** ruht auf der Präſumtion, als ſei kein **heres** vorhanden, und deßhalb wird die Intention der Klagen gleich **ex persona defuncti** hergenommen [5]). Bei der **c. t.** ſteht freilich dem Agnoscirenden ein **scriptus heres** gegenüber, da aber die **b. p.** nun einmal **corrigendi jur. civ. gratia** gegen denſelben ſtets **cum re** iſt, ſo iſt das ſoviel, als wenn der **heres** ganz fehlte, und mithin läuft Alles doch wieder, ebenſo wie bei den anderen **b. possessiones**, auf daſſelbe Reſultat hinaus. Es bekommt den Anſchein, als wenn gar kein **heres** da wäre, und ebendeßhalb ſuccedirt der **c. t. b. possessor, loco heredis**, dem Verſtorbenen direct in alle Vermögensverhältniſſe [6]).

Indeß iſt dies, ſo wenig es im Allgemeinen bezweifelt werden kann, doch keineswegs in allen Punkten richtig. Freilich kann die teſtamentariſche Succeſſion, wenn einmal **c. t.** agnoscirt iſt, nach Prätoriſchem Rechte niemals mehr Bedeutung erhalten, denn nach der Agnition in einer früheren Klaſſe wird nie mehr der folgenden die **b. p.** deferirt. Ferner iſt auch unbedenklich anzunehmen, daß der **scriptus heres**, wenn er nach Agnition der **c. t.** eine **her. aditio** vornimmt, eine durchaus nichtige Handlung vornimmt, aus der er keinerlei Rechte ableiten, und keinerlei Einwirkungen auf das Recht

---

5) **Gai. IV. 34.**

6) **Fr. 13. pr. de b. p. c. t. — Quum emancipatus b. p. c. t. accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim jus transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum quem Praetor heredis loco constituit.** D. h. Alles was der scriptus, wenn er der gültige heres iſt, erhält, das wird jetzt dem zugeſprochen, der mit Remotion des heres an deſſen Stelle geſetzt wird. S. auch noch fr. 15. §. 4. de legat. praest.

Digitized by Google

des c. t. b. possessor hervorrufen kann. Denn er ist einmal a tota hereditate repellirt, und ebenso wie ihn der Prätor nicht gegen den b. possessor zu klagen erlaubt, kann auch nicht von anderen Rechtswirkungen die Rede sein.

Aber es erhebt sich die Frage, ob eine schon vor Agnition der c. t. vorgenommene her. aditio des scriptus ebenfalls ganz ohne Bedeutung sei? An und für sich müssen wir sie doch als eine durchaus gültige Handlung anerkennen, da die Agnition ja noch ganz ungewiß ist, und falls dieselbe versäumt wird, nun auch gar kein Infirmationsgrund vorliegt [6a]). Wir dürften hier also höchstens von einer ex post eintretenden Ungültigkeit der Erbschaftsantretung sprechen. Aber auch dies allgemein anzunehmen, würde offenbar sehr bedenklich sein. Der scriptus heres, der ja ganz in seinem Rechte ist, kann nach der Antretung schon Rechtsgeschäfte, die sich auf die Erbschaft beziehen, vorgenommen haben, diese können sogar der Erbschaft höchst vortheilhaft sein. Sollen wir dies Alles durch die nachfolgende Agnition der c. t. für vernichtet halten? Die gesunde Vernunft spricht dagegen. Erkennen wir aber diese Rechtsgeschäfte als gültig an, so müssen wir sie jedenfalls auf den b. possessor uns übertragen denken, denn der scriptus soll ja a tota hereditate repellirt werden. Hiefür reicht indeß der bisher angegebene Begriff der c. t. b. p. nicht hin. Wenn wir den b. possessor bloß als in die Person des Erblassers eintretend denken, so kann er ja doch nicht Rechtsgeschäfte geltend machen, die erst der scriptus heres

---

6a) Ich setze voraus, daß der Instituirte gerade die Absicht hat, sich der Erbschaft anzunehmen. Hat er umgekehrt dazu keine Lust, und will er nach Vornahme der her. ad. erst die Zeit verstreichen lassen, in der die c. t. b. p. agnoscirt werden kann, bevor er sich auf die Erbschaftsangelegenheiten weiter einläßt, so kann er sich mit der exceptio: si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas b. p. dari possit schützen, weil, wie Julian sagt, quamdiu b. p. c. t. filio dari potest, heres quodammodo debitor non est. Fr. 2. de exc. rei jud. fr. 15. de obl. et act. Erst dann wenn die Agnitionsfrist der c. t. unbenutzt verstrichen ist, wird dem durch jene exceptio zurückgetriebenen Creditor seine Klage restituirt.

Digitized by Google

begründet hat. Wir müssen den Begriff also weiter ausdehnen, und den **b. possessor** auch noch außerdem in die Stelle des **scriptus heres** treten lassen. In dieser Hinsicht erscheint dann der **b. possessor** nur als **mittelbarer** Universalsuccessor, ähnlich wie der Universalfideicommissar; denn kraft seines Rechtes, die **tota hereditas** an sich zu nehmen, erhält er doch Etwas, das er nicht auf die Person des Verstorbenen zurückführen kann, sondern was er lediglich aus der Hand des **heres** ableitet. Dies bestätigt sich vollkommen durch folgende Stelle, in der die **c. t. b. p.** ausdrücklich mit der **fideicommissaria hereditas** zusammengestellt wird.

> **Fr. 21. pr. de fidejuss. (Afric.). — Heres a debitore hereditario fidejussorem accepit, deinde hereditatem ex Trebelliano restituit. Fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hac causa servandum, quod servaretur, quum heres, contra quem emancipatus filius bonorum possessionem acceperit, fidejussorem acceperit. Ideoque in utraque specie transeunt actiones.**

Wir begegnen hier also ganz etwas Eigenthümlichem im Begriff der **c. t. b. p.**, welches (abgesehen von der **b. p. unde liberi** im Verhältniß zum **legitimus heres**) im ganzen übrigen Gebiet der **b. p.** nicht denkbar ist. Die **c. t.** kann, außerdem daß sie ihrem Grundwesen nach eine directe Universalsuccession ist, auch nebenbei Momente der mittelbaren U. S. in sich aufnehmen. Aber wir müssen uns vorsehen, diesem Satze die richtigen Gränzen anzuweisen, um nicht in die gefährlichsten Irrthümer zu verfallen. Zuerst ist immer festzuhalten, daß jedenfalls der Gesammtcomplex der Rechtsverhältnisse, die vom Erblasser selbst herstammen, ganz so auf den **b. possessor** übergehen, als wenn die **her. aditio** gar nicht vorgenommen wäre. Wollten wir hiefür der letzteren eine Bedeutung zugestehen, so würde damit die ganze **c. t. b. p.** den Charakter einer mittelbaren Universalsuccession erhalten müssen, was aber so ganz gegen alle Aussprüche der Quellen ist, daß Niemand im Ernst eine solche Ansicht aufstellen wird.

Indeß auch mit dieser Beschränkung können wir uns un-

Digitized by Google

möglich genügen lassen. Sollen wir sagen dürfen, daß alle Erbschafts-Verhältnisse, in welche der **scriptus heres** noch nicht eingegriffen hat, allerdings direct ohne Annahme einer Mittelsperson, auf den **bonorum possessor** übergehen, daß dagegen alle Verfügungen, welche der **heres** mit der Erbschaft bereits getroffen hat, von jenem anzuerkennen sind? Sollen hier vortheilhafte und nachtheilige Rechtsgeschäfte einander ganz gleich stehen?

Mir scheint dies schon deßhalb undenkbar, weil in unseren Quellen von der ganzen Frage so wenig die Rede ist, während, wenn ihr ein so weites Gebiet einzuräumen wäre, wir hier, wie leicht einzusehen ist, eine weitläuftige Lehre vorfinden müßten, die die Römischen Juristen gewiß nicht übergangen und die Compilatoren nicht völlig getilgt haben würden.

Mich däucht, daß das vorher angegebene Princip der **c. t. b. p.** uns ziemlich sicher auf das führen kann, was die Römischen Juristen hier gemeint haben werden. Wenn der **scriptus heres** in doloser Absicht, um das Vermögen dem **c. t. b. possessor** zu verringern, Verfügungen getroffen hat, so kann jedenfalls von einer Anerkennungspflicht derselben für den **b. possessor** nicht die Rede sein. Hievon also ganz abgesehen, muß man auf die beiden Punkte Rücksicht nehmen, daß einestheils der **scriptus a tota hereditate** entfernt, anderntheils der Notherbe ein nicht schlechteres materielles Recht an der Erbschaft erhalten soll, als die Intestatsuccession gewährt. Aus dem ersteren Punkte folgt, daß alle Vortheil gewährenden Handlungen des **heres** (wie z. B. jene Annahme eines Bürgen) auf den **b. possessor** übergehen. Wir dürfen aber aus der angeführten Stelle nicht gleich voreilig ableiten, daß auch nur die lucrativen Rechtsgeschäfte des **heres** Gültigkeit behalten, sie gewährt dafür keine Anhaltspunkte. Auch onerose Anordnungen, die der **heres** getroffen hat, z. B. Verkauf, Verpachtung von Erbschaftssachen, Zahlung von Schulden und dergl. wird der Notherbe haben anerkennen müssen [7]).

---

7) Man wird das wohl analog so behandelt haben, als wenn die **her. pet.** gegen einen **bonae fidei possessor** angestellt wird, namentlich mit Benutzung der Grundsätze des s. g. **SC. Juventianum.** Denn

Digitized by Google

Die Gränze liegt in dem zweiten Punkte, daß er im Allgemeinen ſoviel wie ein Inteſtaterbe erhalten ſoll; alſo jedenfalls wenn er Legate ſchon ausgezahlt hat, ſo braucht der c. t. b. possessor dies nicht anzuerkennen, weil eben die c. t. die Legate vernichtet; und daß ebenſo auch die im Teſtament angeordneten Freiheitsertheilungen durch die her. aditio des heres nicht gültig werden können, wird weiter unten noch beſonders dargethan werden.

Ueberhaupt muß ich noch bemerken, daß die ganze Frage nur ſelten bei den Römern vorgekommen ſein kann. Wir ſetzen hier ja voraus, daß der heres nicht in doloſer Abſicht, um dem Notherben zu ſchaden, die her. aditio vornimmt. Derjenige aber, welcher in dem guten Glauben, er werde die Erbſchaft behalten, ſie antrat, hatte ſich natürlich erſt erkundigt, ob kein Notherbe da ſei, der auf die c. t. Anſpruch mache. Und wenn ein ſolcher vorhanden war, ſo unterließ er eben die hereditatis aditio ganz und gar [8]).

§. 83. — 2. Die Enterbungen behielten bei der c. t. b. p. vollkommen ihre Kraft, weil dadurch Jemand ausgeſchloſſen wird, der ſonſt mit dem b. possessor concurriren würde, alſo durch ſeine Ausſchließung das Jenem zufallende Vermögen vergrößert [1]). Hier ſteht mithin die wahre c. t.

---

es ſollen alle Rechte, welche der scriptus heres mit der her. pet. würde einfordern können, wenn ihm kein c. t. b. possessor gegenüber ſtände, auf dieſen Letzteren übergehen. Fr. 13. pr. de c. t. b. p. Daraus aber folgt keineswegs, daß der b. possessor gegen den heres und Andere die her. petitio gehabt habe.

8) Fr. 4. de legat. praest. — Quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

1) Fr. 8. pr. fr. 10. §. 5. de c. t. b. p. — S. ferner eine Reihe ſpecieller Fragen rückſichtlich der Exheredation in fr. 8. §. 1—10. eod. — Welche Einwirkung für die Aufrechthaltung der Exheredationen die her. aditio des scriptus heres gehabt habe, wird ſpäter im §. 94. noch beſonders geprüft werden. Es wird dort erhellen, daß die Gründe, welche die Römer dabei in Anwendung gebracht haben, zu eigenthümlicher Natur ſind, um für die Frage,

Digitized by Google

der nominellen geradezu entgegen, bei welcher der exheredatus, wie wir oben gesehen haben, durchaus mit zur Intestatsuccession zugelassen wird.

3. Die Vormundschaftsernennungen. Daß diese vom Prätor aufrecht erhalten wurden, ist von den neueren Gelehrten allgemein und mit Recht angenommen worden, obgleich sich kein ausdrücklicher Ausspruch der Quellen dafür anführen läßt. Es kann aber wenigstens folgender negative Beweis dafür angeführt werden. In dem Digestentitel **de testamentaria tutela** wird allgemein gesagt, den **liberi in potestate** könne ein Tutor gegeben werden (**fr. 1. pr.**), und nur bei dem **filius** und den **postumi** findet sich und zwar durchaus nicht bloß beispielsweise die Nebenbestimmung, daß sie nicht präterirt sein dürften (**fr. 4. fr. 1. §. 1. fr. 10. §. 2.**) [2]). Wäre nun bei den übrigen **liberi**, den Accrescenzerben, die Vomundschaftsernennung durch die ihnen zustehende **c. t. b. p.** ungültig zu machen gewesen, so würde doch am natürlichsten jene Beschränkung, daß keine Präterition vorliegen dürfe, allgemein gleich für alle **liberi** vom Juristen hinzugefügt worden sein.

4. Die Pupillarsubstitutionen. Wenn das Testament durch Präterition der civilen Notherben ungültig ist, so fallen sie natürlich auch mit hinweg. Bei der wahren **c. t. b. p.** aber werden sie, weil das Testament des Vaters nicht ungültig wird, und sie sich auch gar nicht auf das dem Notherben zuzuwendende Vermögen beziehen, vollkommen aufrecht erhalten [3]). Und natürlich ist dies bei einem die **c. t. agnos-**

---

ob auch die übrigen Nebenbestimmungen des Testaments (Vormundschaftsernennungen, Pupillarsubst., Freiheitsertheilungen) von der **her. ad.** des **scriptus heres** abhängen, benutzt zu werden.

2) Offenbar weil die reine Intestatsucceſſion eröffnet wird, und auch die nominelle **c. t. b. p.** keine Abweichungen davon enthält.

3) **Fr. 5. pr. de legat. praest. fr. 31. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst.** Francke R. E. R. S. 143. macht die Einschränkung, daß, wenn nicht ein instituirter **suus** da sei, dem die Erbschaft **ipso jure** zufällt, noch eine besondere **her. aditio** des **scriptus heres** zur Gültigkeit der Pupillarsubst. erforderlich werde. Da aber keine entscheidende Stelle hiefür spricht, so scheint mir hier lediglich aus dem

Digitized by Google

cirenden Accrescenzerben ebenso gut wie bei einem Emancipirten anzunehmen. Daß die neueren Schriftsteller hier lediglich den Letzteren hervorheben [4]), erklärt sich daraus, daß man überhaupt die den Accrescenzerben gegebene c. t. b. p. so wenig beachtet hat.

Wenn nun aber der Substituirte selbst die c. t. b. p. agnoscirt, so wird er dadurch seines Rechts aus der Substitution verlustig [5]). Dies geht aus der electiven Natur des Prätorischen Schutzes hervor. Wer gegen das Testament auftritt, soll auch gar keine Rechte aus demselben für sich ableiten wollen, und umgekehrt. Dasselbe gilt auch für die dem Notherben hinterlassenen Legate [6]), und erst von den Legaten ist, wie fr. 5. §. 4. cit. zeigt, der Satz auf die Pupillarsubstitutionen übertragen worden.

5. Die Freiheitsertheilungen [7]). Diese mußten, im Gegensatz zu den drei zuletzt genannten Punkten, der Erbeseinsetzungen der **extranei** gleich behandelt werden. Das fr. 8. §. 2. cit. hebt ausdrücklich, wenn auch von einem hier noch nicht zu berücksichtigenden Falle sprechend, das von uns angegebene Princip hervor: **damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.** Es würde ein materieller Vermögensschaden durch die Gültigkeit derselben entstehen, und dies ist dem Zwecke, welchen der Prätor mit der c. t. b. p. erreichen will, zuwider.

Principe der c. t. die Frage beantwortet werden zu können. Dies aber führt, wie wir gleich noch weiter sehen werden, ebensosehr die Gültigkeit der Pupillarsubstitution als umgekehrt die Ungültigkeit der Freiheitsertheilungen mit sich. S. auch fr. 126. pr. de legat. I.

4) Bluntschli Erbf. gegen d. letzten Willen. S. 89. Francke Notherbenr. S. 142. Mühlenbruch Commentar XXXVI. S. 19.

5) Fr. 22. de vulg. et pup. subst. fr. 5. §. 4. de leg. praest. Nach fr. 2. pr. de his quae ut indign. soll die Erbschaft an den Fiscus fallen, was wohl erst durch ein Rescript von Severus et Antoninus, wovon gleich im §. 1. eod so wie auch in fr. 1. eod. die Rede ist, bestimmt wurde.

6) Fr. 3. §. 16. fr. 14. pr. fr. 18. §. 1. de b. p. c. t. fr. 5. §. 2. de legat. praest. fr. 30. de minorib vigintiquinque ann.

7) Fr. 8. §. 2. fr. 23. de legat. praest.

Digitized by Google

Hierbei ist nun aber schon öfters die Ansicht ausgesprochen worden, diese Freiheitsertheilungen würden stets durch die Antretung des **scriptus heres** gültig, so daß der **c. t. b. possessor** sie anzuerkennen habe, und ihm nur gegen den dolosen **heres** die **doli actio** zustehe [8]). Daß die angeführten Stellen dies keineswegs beweisen, wird nachher noch besonders ausgeführt werden, und daß es den allgemeinen Principien der **c. t.** durchaus entgegen sein würde, ist leicht einzusehen [9]). Wir haben freilich selbst vorher anerkannt, daß die vor der Agnition der **b. p.** geschehene **hereditatis aditio** gewisse Einwirkungen auf die **b. p.** äußert. Aber dies kann doch unmöglich so weit ausgedehnt werden, daß die **hereditas** von einem **damnum** afficirt werde, welche den **b. possessor**, wenn er **ab intestato** seine **pars** erhalten hätte (s. §. 82. Note 1.), nicht getroffen haben würde. Daß der Prätor, wenn der **heres** einen Bürgen für eine Erbschaftsforderung angenommen hat, dies anerkennt, und auf den **b. possessor** übergehen läßt, ist freilich sehr natürlich. Aber da er einmal die **c. t.** ertheilt, wodurch er alle die testamentarischen Verfügungen vernichtet, die dem Notherben seine materielle Intestatportion verringern, so müßte er sich selbst widersprechen, wenn er es für die Freiheitsertheilungen noch auf die **her. aditio** des **scriptus** ankommen lassen wollte. Consequenter Weise müßte dann auch, trotz der **c. t. b. p.**, bei den Vormundschaftsernennungen die alleinige Bedingung ihrer Gültigkeit die civile Erbantretung sein, da dies doch, wo von der **c. t.** nicht die Rede ist, als unzweifelhafte Regel besteht [10]).

Auf diese Weise würde man aber allgemach zu dem Resultate kommen, daß für sämmtliche Nebenbestimmungen des Testamentes nicht die Agnition der **c. t.**, sondern die **her.**

---

8) S. d. Glosse zu fr. 8. §. 2. cit. Cujacius zu derselben Stelle (**Recit. ad P. Opera post. Francof. 1596. p. 970.**). Bluntschli a. a. O. S. 96. Francke a. a. O. S. 143.

9) So haben denn auch schon Retes (**Advers. ad tit. de b. p. c. t. c. VII. §. 2. u. 3.**) und Mühlenbruch a. a. O. S. 20. die richtige Ansicht ausgesprochen. Retes meint, im Grunde sei auch Cujacius seiner Ansicht, was sich aber wohl nicht sagen läßt.

10) **Fr. 9. de test. tutela.**

Digitized by Google

aditio der entscheidende Grund ihrer Gültigkeit oder Ungültigkeit sei. Hierin aber läge eine völlige Verkennung des Wesens unseres Institutes.

Es muß nämlich wohl bemerkt werden, daß wir gar keine Stelle der Römischen Juristen besitzen, worin von den Freiheitsertheilungen in dem hier besprochenen Falle die Rede ist, wenn nämlich dem b. possessor ein ganz fremder gar nicht zur Familie gehöriger **scriptus heres** gegenüber steht. Die in Note 7 angeführten Fragmente sprechen schon von einem besondern Ausnahmsfalle, nämlich dem einer instituirten **conjuncta persona**. Aber ebenso ist auch wohl zu bemerken, daß die Juristen von den Legaten vorzugsweise nur in diesem Ausnahmsfalle sprechen, woraus denn schon von selbst der entgegengesetzte Satz hervorgeht, daß abgesehen hievon die Legate durch die c. t. ungültig werden. Ebensowenig aber wie bei den Legaten (und das bestreitet ja Niemand) auf die **her. aditio** des **scriptus** irgend etwas ankommt, so kann denn auch bei den Freiheitsertheilungen, wenn nicht entscheidende Stellen uns entgegenstehen, etwas Anderes angenommen werden. Allerdings werden häufig die Freiheitsertheilungen wegen des **favor libertatis** von den gewöhnlichen Regeln über die Legate getrennt. Aber hier kommt noch ein stärkerer **favor**, die Begünstigung der **liberi** in Betracht, und ebensogut wie der präterirte **filius suus** die testamentarischen Freilassungen nicht anzuerkennen braucht [11]), so muß darin auch der Accrescenzerbe nicht schlechter gestellt sein.

Mir scheint also ganz unbedenklich, obgleich keine specielle Beweisstelle dafür spricht, als die Regel angenommen werden zu können, daß die Freiheitsertheilungen ungültig sind, ebenso wie wir gleich unbedenklich die Gültigkeit der Vormundschaftsernennungen ohne einen besonderen Quellenausspruch annehmen durften. —

Hiernach haben wir denn auch schon genügende Anhaltspunkte gewonnen, um allgemein festzustellen, was wir von

---

11) Fr. 17. de injust. rupto. — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit.

Digitized by Google

der Bedeutung der her. aditio des extraneus bei der c. t. b. p. zu halten haben. Es zerlegt ſich in folgende drei Punkte:

a) Wir haben aus der ganzen bisherigen Darſtellung genügend erſehen, daß die c. t. b. p. ein an und für ſich gültiges Teſtament vorausſetzt; d. h. alſo ein civilrechtlich gültiges Teſtament, denn es gab kein anderes. Wir können dies auch ſo ausdrücken, es muß die Möglichkeit vorhanden ſein, daß aus dem Teſtamente eine her. aditio vorgenommen, oder eine sec. tab. b. p. agnoscirt werde; denn dieſe sec. tab. ruht ja auch auf der Vorausſetzung eines civilrechtlich gültigen Teſtamentes.

b) Wenn in Folge deſſen nun auch in der That die her. aditio vorliegt, und der scriptus heres danach bereits über die hereditas Verfügungen getroffen hat, ſo iſt dies allerdings gültig, ſofern nicht dolus des heres oder das entgegengeſetzte Intereſſe des b. possessor ins Spiel kommt, und die Wirkungen dieſer Verfügungen werden auf den b. possessor als mittelbaren Univerſalſucceſſor übertragen (§. 82. Nro. 1.).

c) Aber über den Kreis der mit der hereditas ſelbſt vorgenommenen Dispoſitionen erſtreckt ſich jedenfalls die Bedeutung der her. aditio nicht hinaus. Alſo auf die Frage, was von den Dispoſitionen des Teſtamentes gültig ſein ſoll oder nicht, kann der Wille des Eingeſetzten abſolut nicht einwirken. Vielmehr entſcheidet ſich hiefür Alles aus den poſitiven Principien, die das Prätoriſche Inſtitut beherrſchen. Deßhalb iſt es auch gänzlich gleichgültig, ob er, wenn einmal der b. possessor an ſeine Stelle getreten iſt, die her. aditio noch vornimmt oder nicht; ob mithin nach den Grundſätzen des Civilrechts das Teſtament, weil der heres nicht antreten wollte oder konnte, hinterdrein vernichtet wird. Die c. t. ſetzt nur voraus, daß nicht ſchon von vorn herein die entſchiedene Unmöglichkeit der teſtamentariſchen Succeſſion vorliege [12]). Denn wäre dies der Fall, ſo würde gleich die reine Inteſtatſucceſſion eintreten, und mithin es nicht nöthig ſein, den li-

12) Und zwar wird hiebei ſehr natürlicher Weiſe auf das mortis tempus geſehen.

Digitized by Google

beri künſtlich und nach dem Bilde der Inteſtatſucceſſion durch die c. t. b. p. das Vermögen zuzuwenden, worauf ſie ſchon wirklich **ab intestato** Anſpruch haben.

Dieſe Auffaſſung der Sache wird nun vollkommen durch entſchiedene Quellenausſprüche beſtätigt. Die Römer, um das eben Geſagte kurz auszudrücken, bedienten ſich der Terminologie, die c. t. b. p. ſei gegen das Teſtament ſelbſt gerichtet, und darin liegt auch ſehr bezeichnend ein Doppeltes; nämlich die b. p. geht nicht gegen die Perſon des **heres**, ſo daß alſo deſſen Antretung (wie bei der **querela inoff.**) die nothwendige Vorausſetzung wäre, aber ſie verlangt doch die Möglichkeit der Antretung, alſo das Teſtament ſelbſt muß gültig ſein, denn wenn es ungültig wäre, ſo brauchte man nicht mehr ſeinen das Vermögen betreffenden Inhalt umzuſtoßen. Folgende Stellen theilen uns dieſe Ausdrucksweiſe der Römer und deren Erklärung mit:

> **Fr. 4. pr. de b. p. c. t. (Paul.). — Illud notandum est, quod bonorum possessio contra tabulas, quae liberis promittitur, locum habet, sive quis heres exstiterit sive non. Et hoc est, quod dicimus, contra ipsum testamentum liberis competere bonorum possessionem, quod in patrono contra est.**
>
> **Fr. 19. eod. (Tryphon.). — Quod vulgo dicitur: liberis datam b. possessionem contra lignum esse, sic intelligendum est, ut sufficiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit, quamvis neutrum eorum postea secutum sit, vel sequi potuit; nam si vel omnes instituti substitutique ante testatorem decesserint, vel is scriptus heres fuit, cum quo testamenti factio non fuit, peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.**

Es iſt leicht einzuſehen, daß in der letzteren Stelle die Lesart des Haloander und der Vulgata **contra legem** ſtatt **contra lignum** falſch iſt, und ſubſtituirt wurde, weil man, das Weſen der c. t. nicht recht verſtehend, den letzteren Aus-

Digitized by Google

druck ſonderbar fand. Es iſt aber hier offenbar jene ſprichwörtliche Redeweiſe vorauszuſetzen, die c. t. gehe **contra lignum** oder wie die andere Stelle ſagt: **contra ipsum testamentum**, denn daß Tryphonin dieſe im Auge hat, zeigt eben ſeine ganze weitere Erklärung. Es müſſe nur, ſagt er, ein nach civilen und Prätoriſchen Regeln gültiges Teſtament vorhanden ſein (**extitisse tabulas**), bei dem alſo die Möglichkeit der Antretung beſtehe. Wo nicht, ſo ſei die Agnition der c. t. ganz unnütz, weil Inteſtatſucceſſion für die **liberi** eintritt [13]). Liegt aber nur dieſe Möglichkeit vor, ſo kommt es lediglich auf die gegen das Teſtament ſelbſt gerichtete b. p. an, wie weit es dadurch ungültig werde, der **scriptus heres** iſt mittelſt derſelben removirt, und ſo hat ſeine Antretung keine Bedeutung mehr.

§. 84. — 6. Die Vermächtniſſe. Aus dem Grunde, um deſſentwillen die Freiheitsertheilungen im Allgemeinen nicht beſtehen bleiben konnten, folgt auch, daß der Prätor die Vermächtniſſe fallen laſſen mußte. Und daß dies in der That die regelmäßige Wirkung der c. t. iſt, wird von Niemand bezweifelt.

Wir haben uns bei dieſer Regel nicht weiter aufzuhalten, und gleich zu den Ausnahmen überzugehen, welche ſich an dieſelbe anſchließen. Es wurde nämlich vom Prätor feſtgeſetzt, daß die den **conjunctae personae** d. i. den **parentes et liberi** hinterlaſſenen und ihnen zum **emolumentum** dienenden Legate, Fideicommiſſe und **mortis causa donationes** auch vom c. t. b. **possessor** auszuzahlen ſeien [1]). Dies erklärt ſich aus der nothwendigen Berückſichtigung der **querela**

---

13) Dies ſpricht nun auch ganz entſchieden Ulpian in fr. 10. §. 2. de legat. praest. aus: quodsi neque ex primo gradu, neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, quum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem filio praeterito competere, nec legata cuiquam praestanda.

1) Fr. 1—3. Fr. 5. fr. 14 §. 1. fr. 20. pr. de legat. praest. Indeß iſt hiebei noch eine wichtige Einſchränkung zu machen, die erſt ſpäter entwickelt werden kann (ſ. §. 91. Note 8.).

Digitized by Google

inofficiosi. Die **parentes et liberi** nämlich, welche im Fall der nicht gehörigen Bedenkung diese Klage haben [2]), müssen natürlich in den ihnen hinterlassenen Vermächtnissen geschützt sein, denn sonst würde alsbald die **querela** wieder gegen den **c. t. b. possessor** angestellt werden, und der Prätor also, indem er die Legate vernichtete, selbst die Veranlassung zur Vernichtung seiner eigenen Succession geworden sein [3]). Die Conservirung der Vermächtnisse an die **parentes et liberi** ist also das Gebiet, wo die zwei verschiedenen Systeme des Notherbenrechts das formelle agnatische, und das materielle cognatische mit einander zusammentreffen, und sich nothwendig gegenseitig anerkennen müssen. Das Letztere war direct aus den Ansichten des Volks hervorgegangen, und wurde durch die Praxis des Centumviralgerichts aufrecht erhalten. Man hielt es für **contra officium**, gegen die nöthige Pietät gehandelt, wenn Jemand seine Ascendenten und Descendenten ganz unbedacht ließ; ebendeßhalb sollte das Testament als **inofficiosum** angeklagt werden können; dagegen wenn der Testator seiner Pflicht nachgekommen war, so forderte eine **naturalis aequitas** [4]), daß auch kein agnatischer Notherbe dem entgegentrete.

---

2) Fr. 1. de inoff. test. Es ist wohl zu bemerken, daß die Geschwister im Edicte nicht neben den parentes et liberi stehen. Ich werde darauf noch einmal zurückkommen. Fr. 3. §. 1. de legat. praest. — Nebenbei wird auch noch das der uxor und nurus dotis nomine legatum aufrecht erhalten. Fr. 1. pr. fr. 8. §. 3—6. fr. 9. fr. 10. pr. §. 1. fr. 15. §. 3. de legat. praest. Dies ist aber von den den parentes et liberi conservirten Legaten wesentlich zu scheiden; denn es ist ein debitum legatum, wird als aes alienum gefordert, und das Legat gilt nicht, wenn nicht dos debetur, dafür aber wird es auch nicht auf die portio virilis beschränkt.

3) Fr. 17. de leg. praest. — Praetori propositum est, sine injuria ceterarum personarum b. p. c. t. testamenti dari. Der Prätor will nicht die injuria veranlassen, die wenn sie vom Erblasser ausgeht, die Injurienklage (querela inoff.) zur Folge hat.

4) Fr. 1. pr. de legat. praest. Zur Geltendmachung der Querel gehört nächstes Intestaterbrecht, also waren dadurch häufig die parentes et liberi beim Vorhandensein eines c. t. b. possessor von derselben ausgeschlossen. Aber einestheils wissen wir, daß die Centumvirn es damit nicht sehr genau nahmen (fr. 6. §. 1. fr. 25. §. 1. de inoff.), anderntheils blieb auch, wenn die Querel ihnen ver-

Digitized by Google

Aus dem Gesagten geht auch schon hervor, wen wir uns unter diesen **conjunctae personae** zu denken haben. Es sind alle cognatischen Ascendenten und Descendenten [5]), wie ja der Ausdruck **conjuncti** schon anzeigt. Die Ascendenten haben nur das mit der Querel geltend zu machende Notherbenrecht, sie gehören also insgesammt hieher. Die **liberi** dagegen fallen, wenn sie **sui** oder **emancipati** sind, in den Kreis des alt-civilen und prätorischen Notherbenrechts. Von diesen ist hier nicht die Rede, denn für die Concurrenzfälle dieser Personen gelten noch ganz andere Grundsätze, die wir später untersuchen werden. Es sind also zu den **conjunctae personae** nur die **liberi** zu zählen, welche nicht auf die nominelle oder wahre **c. t. b. p.**, sondern höchstens auf die Querel Anspruch haben, mithin die durch Mannsstamm verbundenen Descendenten, wenn noch die sie mit dem Erblasser verbindende und ausschließende Mittelsperson vorhanden ist, ferner alle Descendenten durch Weiber [6]). Die Römer nennen deßhalb auch kurz diese Descendenten, im Gegensatz der zur c. t. berechtigten **liberi**, die **liberi, quibus legata praestantur** [7]). —

---

weigert wurde, die **naturalis aequitas**, auf die sich Ulpian beruft, daß ihnen die Legate conservirt wurden. So kommt es, daß das Edict alle parentes et liberi beschützt, ohne Unterschied, ob sie im einzelnen Fall die Querel haben oder nicht. — Daß übrigens eine querela inoff. gegen den c. t. b. possessor möglich ist, zeigt das in fr. 20. pr. in fin. de b. p. c. t. angeführte Beispiel.

5) Fr. 1. §. 1.—3. fr. 2. de legat. praest. — Die Zeit, auf welche für das Vorhandensein des Verwandtschaftsverhältnisses gesehen wird, ist der dies legati cedens. Fr. 24. de legat. praest.

6) Fr. 25. §. 1. u. 2. de legat. praest. fr. 13 §. 1. de b. p. c. t. (Der Jurist entscheidet hier stillschweigend, daß der nepos die virilis portio erhalten soll, ebenso muß es also auch mit den Legaten sein). Von dem nepos post emancipationem filii susceptus sprechen noch insbesondere fr. 3 u. 7. de conjung. cum emanc.

7) Fr. 5. §. 3. de legat. praest. — Fr. 5. §. 2. eod.: Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere (s. §. 83. zu Note 6.). Constituere igitur apud se debet, utrum c. t. b. p. petat, an vero legatum persequatur; si elegerit c. t., non habebit lega-

Digitized by Google

Nachdem dieſe Aufrechthaltung der Vermächtniſſe an die **conjunctae personae** einmal feſtſtand, iſt es auch ſehr erklärlich, daß man noch weiter ging, und ſelbſt die Erbeseinſetzung dieſer Perſonen trotz der c. t. b. p. beſtehen ließ. Da die Ernennung zum Erben den Römern noch ehrenvoller erſchien als ein bloßes Vermächtniß, da man aber die Bedenkung der **conjunctae personae** aufrecht hielt, weil man den Erblaſſer für verpflichtet anſah, ſeine nächſten Verwandten zu ehren („honoriren"), ſo lag die Schlußfolgerung nahe, daß unmöglich dieſe höhere Pflichterfüllung durch einen dazwiſchen tretenden Notherben wieder zunicht gemacht werden könne [8]).

Indeß hat ſich dies doch erſt ſpäterhin, nämlich auf die Autorität Julians hin feſtgeſtellt, indem der Gedanke dieſes Juriſten durch ein eigenes Kaiſergeſetz anerkannt wurde [9]). Und jedenfalls müſſen wir nun auch zugeſtehen, daß hierin eine wahre Ausnahme von dem Grundprincip der c. t. liegt, wonach eigentlich alle **extranei** »**a tota hereditate repelluntur**«. Denn es iſt kein Zweifel, daß wir dieſe **conjunctae personae** zu den **extranei** (im Gegenſatz der **sui**) zu zählen haben [10]). Aber eben ſo iſt auch die Conſervirung der Legate an dieſelben eine wahre Ausnahme von der Regel, wonach der c. t.

---

tum, si legatum elegerit, eo jure utimur, ne petat b. p. contra tabulas.

8) Fr. 5. §. 6. de legat. praest. — Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Julianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cujus sententia rescripto divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo, sed et pleniore honore tribuantur. fr. 3. §. 2. eod.

9) Mühlenbruch a. a. O. S. 27. — Fr. 1. pr. de leg. praest. — »et ad aliquid novam.« Erſt durch das Reſcript des Pius ſcheint es zum wirklich praktiſchen Recht geworden zu ſein, da fr. 21. de leg. praest. es ein beneficium legis nennt. S. auch fr. 7. eod. und fr. 7. de conjung. »nunc vero post constitutionem divi Pii.« —

10) In anderer Weiſe werden aber doch die conj. pers. wieder den ganz fremden entgegengeſetzt (fr. 5. §. 8. de legat. praest.), offenbar weil ſie, wie ein Juriſt einmal von einem anderen Fall ſagt, non in totum extranei ſind.

Digitized by Google

b. possessor seine materielle pars wie ein Intestaterbe erhalten sollte. Da indessen Gründe genug vorhanden waren, diese Ausnahme aufzustellen, so konnte man leicht den weiteren Schritt thun, und sie auch auf die Erbeseinsetzung ausdehnen.

Die Römer haben aber diese neben der c. t. aufrechterhaltene Institution der pers. conj. stets als ein ganz eigenthümliches anomales Rechtsverhältniß behandelt, wie sie denn auch eine ganz eigene, schon von Mühlenbruch bemerkte, Terminologie für dieselbe haben: Conservatur portio hereditatis heißt es stets von ihnen, und es wird ausdrücklich hinzugesetzt, diese portio könne nie den Viriltheil übersteigen, weil natürlich die conj. pers. nie mehr erhalten darf, als der c. t. b. possessor selbst, ein Satz, der auch ebenso schon für die Vermächtnisse gilt [11]).

---

11) Fr. 5. §. 7. fr. 6. 7. fr. 15. §. 2. de legat. praest. Man hat diese Einschränkung auf die portio virilis ursprünglich für die Vermächtnisse an conjuncti aufgestellt, und dann auf die Institution übertragen. Dies erhellt aus der Art, wie die Römer alle übrigen Bedenkungen der conj. pers. stets mit den Legaten vergleichen, weßhalb auch, wenn der intestato Verstorbene ihnen mort. causa donationes gegeben hatte, Marcian in fr. 20. §. 1. eod. entscheidet, es könne keine Beschränkung ad virilem eintreten, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit. — Uebrigens tadelten die Römischen Juristen das Edict (fr. 6. eod. saepe animadverti, hanc partem edicti habere nonnullas reprehensiones) darin, daß es die Berechnung dieser Virilportion bei der Concurrenz mehrer conj. personae unentschieden gelassen hatte. Sollte hier einem Jeden von ihnen ein Viriltheil conservirt werden? Dies schien den Römischen Juristen eine zu große Unbilligkeit gegen den c. t. b. possessor, und so nahm man denn sowohl für Vermächtnisse, als die Institution der conj. personae an, daß sie alle zusammen nur einen Viriltheil bekommen sollten. Julian scheint dies aufgebracht zu haben, was dann allgemeine Billigung fand, so daß es von Ulpian als ganz feststehendes Recht vorgetragen wird, fr. 6. fr. 8. pr. de legat. praest. s. Franckes Notherbenrecht. S. 148. Freilich konnte nun dies doch bisweilen vortheilhafter sein, als wenn dem, welchem die portio virilis conservirt wird, die c. t. b. p. aus eigenem Rechte zustände. fr. 7. de conjungendis. Man entschied sich aber doch für die Conservirung der portio, weil auch schon bei Legaten an conj. pers. ganz dasselbe Resultat herauskommen konnte,

Digitized by Google

Das ganze Rechtsverhältniß ſchwebt in merkwürdiger Weiſe zwiſchen den Grundſätzen der Erbeinſetzung und des Vermächtniſſes in der Mitte, was ſich daraus erklärt, daß man einestheils freilich manche Folgen des Erbeſeins unmöglich läugnen konnte, ſobald einmal die Erbeseinſetzung für gültig erklärt war, — anderntheils man aber doch die ganze lediglich von den Legaten hergenommene Ausnahme von dieſen letzteren nicht zu ſehr entfernen, und dem Rechte des **c. t. b. possessor** nicht zu ſehr Abbruch thun wollte. Betrachten wir beide Punkte noch etwas genauer.

a) Ein Ausfluß des Erbeſeins iſt, daß die inſtituirte **conj. pers.** ſelbſt wieder an der Legatenzahlung, und zwar an die **exceptae personae**, Theil nehmen muß [12]). Eine an-

---

und die Inſtitution ganz nach der **comparatio legatorum** beurtheilt wurde (**nam et legatum eidem datum praestaret** (fr. 7. cit.).

12) Fr. 5. §. 8. de legat. praest. Siehe über dieſe ſchwierige Stelle Mühlenbruch a. a. O. S. 39. Note 84., deſſen Erklärung aber auch wohl nicht befriedigend iſt, denn die inſtituirte conj. pers. als heres ex asse anzunehmen, iſt doch unmöglich, da ſo ausdrücklich von der **portio** hereditatis die Rede iſt, und eine Verkürzung derſelben durch die c. t. b. p. gar nicht erwähnt wird. — Vielleicht iſt Folgendes richtiger. Ulpian ſagt, die inſtituirte conj. pers. brauche bloß an die **exceptae personae** die Legate zu bezahlen, alſo die Legate an die **extranei** werden ungültig. Nun entſteht die Frage, ob die conj. pers. allein den Vortheil dieſer für ihre **portio** ungültigen Legate haben ſoll. Ulpian verneint dies. Er unterſcheidet zwei Fälle: 1) es ſind außer den (ungültigen) Legaten an **extranei** noch (gültige) Legate an andere **exceptae pers.** aufgelegt worden (**si legatis onerata sit portio, tam liberorum parentumve, quam extraneorum.** Von einer Erwähnung des Abzugs der Falcidia finde ich gar keine Spur, denn das Wort **onerata** heißt nur, daß die Portion mit Legaten belaſtet iſt, und es wird nirgends weiter in der Stelle auf eine **Ueberlaſtung** hingedeutet). In dieſem erſten Falle ſolle der Vortheil der ungültigen Legate unter die ſämmtlichen **conjunctae pers.** (alſo ſowohl den Inſtituirten, als auch die mit Legaten Bedachten) gleichmäßig repartirt werden. Dieſer Satz ſcheint mir ſehr natürlich, da ja die Inſtitution der **parentes et liberi** doch eigentlich als Legat behandelt wurde (ſ. im Text № b.), und nun auch die eine inſtituirte conj. pers. nicht, im Vorzug vor den übrigen, den Vortheil der ungültigen Legate allein ziehen ſollte. Sie erſcheinen hier gleichſam Alle als Collegatare, unter welche die un-

Digitized by Google

dere Einwirkung mußte die Conservirung der **portio hereditatis** auf die Freiheitsertheilungen äußern. Wir haben vorher gesehen, daß, wenn ein ganz Fremder instituirt ist, seine **her. aditio** für die Gültigkeit derselben gar keine Bedeutung haben kann, denn er wird ja durch die **c. t.** vollkommen removirt, und die Frage, wie weit das Testament gültig und ungültig sei, kann nicht von seinem Willen, sondern lediglich von den positiven Regeln der **c. t. b. p.** abhängen. Hier aber gestaltet sich die Sache offenbar ganz anders. Die Institution der **conj. pers.** wird nun einmal durch die **c. t.** nicht vernichtet, da wir hier also einen **jure scriptus heres** vor uns haben, so kann man auch unmöglich seine **her. aditio** für eine ungültige, nichts bedeutende Handlung erklären. Daraus folgt denn aber wieder mit unumgänglicher Consequenz, daß, wenn die **conj. pers.** diese **her. aditio** vornimmt, die Freiheitsertheilungen gültig werden. Deßhalb sagt denn auch Ulpian in **fr. 8. §. 2. de legat. praest.**: **si adierit hereditatem is, cui virilis conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem.** Die Bezeichnung des Instituirten durch die Worte: **is cui virilis portio conservatur** beweist ganz unwiderleglich, daß hier nur von dem Ausnahmsfall der instituirten **conj. pers.** die Rede ist [13]), und Ulpians

---

gültigen Legate vertheilt werden. 2) Der andere Fall ist, wenn keine **conj. pers.** da sind, mit denen man die ungültigen Legate zu theilen hätte (**si non legatariis liberis parentibusque dandum sit**), also der instituirten conj. pers. lediglich an **extranei** Legate aufgelegt wurden. Da diese, wie schon vorher gesagt ist, ungültig, aber keine andere **conj. pers.** vorhanden sind, unter welche der Vortheil zu repartiren wäre, so soll nun, wie Ulpian sagt, dieser Vortheil mit dem **c. t. b. possessor** getheilt werden, offenbar nach Viriltheilen (**quod extraneis non praestatur, communicatur cum eo, qui c. t. petit**). Auch dieser Ausspruch ist sehr erklärlich. Wenn die ungültigen Legate nicht an Collegatare fallen, so bleiben sie **in hereditate**. Der eigentliche Erbe ist hier aber der **c. t. b. possessor**, die instituirte **conj. pers.** leitet nur von ihm ihr Recht ab. Sie sollen deßhalb auch als **coheredes** den Vortheil der ungültigen Legate theilen, ebenso wie der Notherbe den Vortheil ganz allein zieht, wenn die **conj. pers.** repudiirt (**fr. 21. eod.**).

13) Dies hebt mit Recht schon Mühlenbruch hervor (a. a. O. S. 38.),

Digitized by Google

Gedankengang ist offenbar der: weil hier der pers. conj. ihr Erbtheil conservirt wird, sie also nicht a tota hereditate repellitur, so ist es freilich nothwendig, daß sie auch die her. aditio vornehmen, und dadurch die Freiheitsertheilungen zur Gültigkeit bringen kann. Daraus folgt, daß diese Stelle in keiner Weise benutzt werden darf, um die Gültigkeit der libertates auch bei der her. ad. eines ganz fremden scriptus heres darzuthun; im Gegentheil, da der plane extraneus a tota hereditate repellitur, so führt schon diese Stelle auf den umgekehrten Schluß, daß dann auch gar keine necessitas vorliegt, die Freiheitsertheilungen gelten zu lassen.

b) Dies sind die beiden Punkte, in denen die Conservirung der virilis portio nach den Grundsätzen der heredis institutio behandelt wird. Die conj. pers. kann an und für sich nicht verhindert werden, die her. ad. vorzunehmen, und sie muß jedenfalls, auch wenn sie dies nicht gethan hat, an der Zahlung der Vermächtnisse für andere conj. pers. Theil nehmen [14]). Aber dieser letzte Punkt zeigt schon, daß man die Succession der conj. pers. keineswegs als eine gewöhnliche testamentarische behandeln wollte, denn sonst würde sie verpflichtet gewesen sein, die Legate auch an die völlig extranei

---

und es ist auch gar nicht einmal nöthig, es in so zweifelndem Tone, wie er thut, als etwas bloß „Wahrscheinliches" vorzutragen. Außer, daß die Stelle selbst es schon zeigt, es sei nur von der portio der conj. pers. die Rede, sieht man dies auch aus dem ganzen Fragmente, dem der angeführte §. 2. angehört. Es ist ganz augenscheinlich, daß die beiden Fragmente, 5 u. 8 de legatis praestandis in Ulpians Edictscommentar sich aneinander schlossen. In beiden ist von dem Recht der conjunctae personae die Rede, und die Compilatoren schoben nur fr. 6. und 7. dazwischen, um noch genauer das zu erklären, was Ulpian in den letzten beiden §§. des fr. 5. ausführt.

14) Hiebei entsteht die Frage, ob, wenn sie die her. aditio vornahm, sie nicht alle Legate bezahlen mußte, ebensogut, wie alle Freiheitsertheilungen gültig wurden? Die Quellen sprechen davon nicht; mir scheint die Bejahung aber sehr wahrscheinlich. Nur müssen die übrigen conjuncti, oder der c. t. b. possessor, die ein Recht auf communicatio des Vortheils aus den ungültigen Legaten hatten, die doli actio haben anstellen können.

Digitized by Google

pro rata ihrer portio zu zahlen. Noch viel mehr sieht man dies aus der Art, wie die Römer jene necessitas, daß durch die her. aditio die libertates gültig wurden, zu umgehen wußten. Ulpian fährt darüber in fr. 8. §. 2. cit. folgendermaßen fort:

> **Verumtamen videndum est, an de dolo actione teneatur, qui adiit? Et magis est, ut si denuntiante eo, qui praeteritus accepit c. t. b. p., hic adiit hereditatem, pollicente eo portionem virilem, sit quod ei imputetur, et de dolo actione teneatur; damno enim afficit hereditatem, dum competunt libertates.**

In diesen letzten Worten, die wir schon oben benutzten, ist offenbar das Grundprincip der c. t. angegeben. Indem der Prätor den liberi die materielle pars hereditatis zuwenden will, welche sie ab intestato erhalten haben würden, so muß er diejenigen testamentarischen Verfügungen vernichten, welche eben diese materielle hereditas dem Notherben verringern (damno afficiunt). Deßhalb müssen da, wo der scriptus heres vollkommen a hereditate repellitur, die libertates von vorn herein ungültig sein; wo dagegen der conj. pers. ihre portio conservirt wird, da ist freilich die Ungültigkeitserklärung nicht so direct möglich, sie würde aller Consequenz Hohn sprechen. Aber das Princip der c. t. muß darum doch nicht minder aufrecht erhalten werden, und so sucht man dies denn indirect durch Umwege zu erlangen. Unsere Stelle theilt uns dies sehr deutlich mit.

Man ging darauf aus, die her. aditio der conj. pers. und also die daraus hervorgehende rein testamentarische Succession zu verhindern. Der Mittel, die hierauf abzielen, sind zwei. Zuerst soll der c. t. b. possessor seinem Verwandten denuntiiren, daß er sein Notherbenrecht geltend mache, und bereit sei, ihm seine portio virilis auszuzahlen. Und damit soll die conj. pers. zufrieden sein, und die her. aditio unterlassen. Was ist dies nun für ein Rechtsverhältniß? Heres wird sie nicht, denn sie hat ja gerade die Antretung nicht vorgenommen. Bonorum possessor ist sie auch nicht, denn es ist nicht daran zu denken, daß sie etwa die b. p. commisso

Digitized by Google

per alium edicto agnosciren könne. Wir sehen aus Ulpians Worten: pollicente eo portionem virilem sehr klar, von welchem Gesichtspunkte aus die Römer das Ganze behandeln. Der b. possessor soll der alleinige eigentliche Universalsuccessor sein, die conj. pers. von ihm ihr ganzes Recht ableiten, und auf ihr selbständiges civiles, auf her. aditio gestütztes Erbrecht verzichten. Sie gilt ähnlich wie ein Vermächtnißnehmer [15]), dem eine Quote der Erbschaft zu restituiren ist, aber dafür hat sie nun auch an den Vortheilen der c. t. Antheil. Die auf ihre portio gelegten Vermächtnisse werden ganz nach den Grundsätzen der c. t. b. p., ebenso als wie wenn sie selbst diese agnoscirt hätte, ungültig. Freilich, wie sich von selbst versteht, auch wieder mit derselben Ausnahme, die überhaupt hiebei gilt, und auf der ja ihr ganzes eigenes Recht ruht, daß nämlich wieder an andere conj. pers. die Legate zu zahlen sind. Ferner ist nun, durch die Verhinderung der her. ad. der andere Vortheil, der freilich der conj. pers. nicht weiter zu Gute kommen soll, erlangt, daß die libertates ungültig bleiben, und mithin das Princip der c. t. auch hier wirklich aufrecht erhalten wird.

> Fr. 23. de legat. praest. — Hi, quibus relictum in virilem portionem divus Pius conservari constituit, ex servis, qui libertatem propter bonorum possessionem contra tabulas acceptam consequi non potuerunt, nihil habebunt.

Diese Stelle bestätigt durch ihre Entscheidung sowie die Art der Argumentation alles über die Freiheitsertheilungen und das Ausnahmsrecht der conjunctae personae Gesagte, wie mir scheint, vollständig. Als der eigentliche Grund, weßhalb die libertates nicht gelten, wird die Agnition der c. t.

---

15) Daraus erklärt sich jener in Note 12. angeführte Satz, daß in Bezug auf den Vortheil aus den an extranei hinterlassenen Legaten die instituirte conj. pers. doch nicht besser stehen soll, als die bloß mit einem Legat bedachte. Jene, sobald sie die Legate an extranei nicht zu zahlen hat, muß ja immer als auf die her. ad. verzichtend gedacht werden, dann aber steht sie dem b. possessor als Vermächtnißnehmer gegenüber, und theilt mit den übrigen Legataren die wegfallenden Vermächtnisse.

Digitized by Google

angeführt, nicht aber die Unterlassung der **her. aditio**. Man sah es also als regelmäßige Folge der **c. t.** an, daß die **her. aditio** der **conj. pers.** unterbleiben müsse, und so denn auch als Folge der **c. t.**, daß die Freilassungen nicht gelten. Um so mehr aber wird hiedurch bewiesen, daß, wenn der **scriptus** ein **extraneus** ist, also seine **her. aditio** überhaupt gar nicht berücksichtigt zu werden braucht, die **libertates** durch die **c. t.** vernichtet werden. Andererseits aber zeigt die Stelle auch, daß die **conj. pers.** dem **b. possessor** gegenüber vorherrschend als Vermächtnißnehmer behandelt wird. In Beziehung auf die Legate an **extranei**, die durch die **c. t.** ungültig werden, erscheint er freilich als **coheres**, indem ihr Werth nicht dem **b. possessor** allein zufällt, sondern Beide ihn mit einander theilen (s. Note 12.). Und dies erscheint auch billig, da doch die Legate auf der Portion des Instituirten unmittelbar haften, und ebensogut wie er sie an die **conjuncti** zu zahlen hat, so er auch an dem Vortheile der nicht zu zahlenden Legate seinen Antheil haben muß. Dagegen die Freiheitsertheilungen erscheinen mehr als ein gleich von der ganzen Erbschaft zu machender Abzug, und von dem Vortheile, daß dieser hier nicht die Erbschaft vermindert, soll die **conj. pers.** nichts erhalten, denn da die **libertates** nicht gelten, so kann sie auch die **her. aditio** nicht vorgenommen haben. Erbin also ist sie nicht, und sie soll sich auch nicht darauf berufen, daß durch ihre Unterlassung der **her. ad.** der Vortheil entstanden sei. Denn sobald der **b. possessor** ihr denunciirt und den Erbtheil verspricht, so ist sie zu dieser Unterlassung positiv verpflichtet, sie soll eben mit dem ihr gemachten Versprechen zufrieden sein. Die **c. t.** also ist es, welche die **libertates** vernichtet, und zugleich den einzigen Weg, sie zur Gültigkeit zu bringen, entschieden verbietet. So aber erklärt es sich, daß der, welcher gar nicht **heres** ist, auch nicht an dem Vortheile aus den ungültigen Freiheitsertheilungen Antheil haben soll, sondern daß dieser lediglich dem **b. possessor** zufällt. —

Dies ist die Gestalt, welche das Verhältniß der **pers. conj.** und des **bonorum possessor** regelmäßig haben soll. Aber in dem Bisherigen liegt schon, daß dem gegenüber die Vornahme

Digitized by Google

der her. ad. doch immer denkbar bleibt. Es kann dies geſchehen ſein, weil der b. possessor die Denuntiation gar nicht hatte ergehen laſſen. Alsdann hat er es ſich ſelbſt zuzurechnen. Wenn aber die Denuntiation nicht verſäumt worden war, ſo wäre die her. aditio ſtets dolus, und deßhalb kann der Inſtituirte auch mit der actio doli belangt werden. Und dieſe drohende Strafe iſt ein zweites, kräftiges Mittel, um denſelben, falls die Vortheile der vom Prätor ihm zugewieſenen Stellung ihn nicht bewegen ſollten, dennoch zum Verzichte auf die civile teſtamentariſche Succeſſion zu veranlaſſen.

V. Die abgeleitete c. t. b. p.

§. 85. Die Wirkungen der c. t. in Bezug auf die Nebenbeſtimmungen des Teſtamentes ſind jetzt vollſtändig entwickelt. Mit dem Hauptpunkte aber, der Wirkung auf die Inſtitution, ſind wir noch nicht zu Ende. Bisher ſind nur erſt die zwei Fälle unterſucht worden, wenn der institutus ein völlig extraneus (§. 82.), und wenn er eine conjuncta persona iſt, welche letztere die Römer bald unter die extranei im w. S. rechnen, bald den extranei im engeren Sinne entgegenſetzen. Wir müſſen jetzt zu dem dritten Falle übergehen, wenn der institutus einer von den liberi iſt, welchen im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. b. p. zuſteht. Daß dieſer Fall eine von den beiden anderen ganz verſchiedene Geſtalt darbieten muß, iſt bei dem Zwecke des Prätors, die c. t. zu einer allgemeinen Erbſchaftsregulirung ſämmtlicher liberi zu machen, ſehr natürlich. Es bezieht ſich darauf ein ganz eigenes Inſtitut, die b. p. commisso per alium edicto. Wir wollen ſie kurz die abgeleitete c. t. b. p. nennen [1]).

Die Vorausſetzung iſt, daß zwei Notherben neben einan-

1) Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad c. t. b. p. vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est, ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.

Digitized by Google

der stehen, deren Einem sein Notherbenrecht gewahrt wurde, während der Andere präterirt ist. Jener Erstere kann, wie ich eben schon bemerkte, ein civiler oder Prätorischer Notherbe sein, dem also im Fall der Präterition die nominelle oder wahre c. t. zustehen würde. Ebenso ist aber auch umgekehrt unter dem Präterirten sowohl der civile als Prätorische Notherbe zu verstehen. Denn, wie ich oben schon anführte, es hat die nominelle c. t. der civilen Notherben gerade darin eine Hauptbedeutung, daß hier aus dem **majus** der reinen Intestatsuccession für andere Personen wenigstens das **minus** der wahren c. t. b. p. abgeleitet werden kann.

Indeß haben wir einstweilen diesen Fall hier noch unberücksichtigt zu lassen, indem, wie gleich im Anfang des §. 82. hervorgehoben wurde, vorerst ohne Rücksicht auf die Concurrenz des Intestaterbrechts civiler Notherben, rein die Wirkungen der wahren c. t. b. p. festzustellen sind. Wir werden auch später sehen, daß eine Committirung der c. t. b. p. aus der Person eines Intestaterben, erst spätere Fortbildungen der Römischen Jurisprudenz sind, während man anfangs meinte, daß nur aus der Person dessen, der zur wahren c. t. berufen ist, diese auf sämmtliche instituirte **sui** und **emancipati** übertragen werden könne. Demnach denken wir uns also neben dem Instituirten einen präterirten Accrescenzerben oder **emancipatus**.

Es lag freilich sehr nahe, daß der Prätor, wenn einmal die Frist der c. t. wegen der Präterition des Prätorischen Notherben lief, er an derselben mit diesem zugleich auch schon die instituirten **liberi** zuließ, damit gleich aus der Zahl der Concurrenten bestimmt werden könne, auf welche Quote dem Präterirten die c. t. zu geben sei. Dieser soll ja nur eine so große **pars** erhalten, als er **ab intestato** bekommen haben würde, wenn kein Testament gemacht wäre, also im Verhältniß zu seinen instituirten Geschwistern einen Viriltheil. Das aber läßt sich nur aus der Zahl sämmtlicher **liberi** ersehen, und sie also gleich in derselben ersten Frist allesammt berufen, wäre nichts weiter gewesen, als was an und für sich nur in der nominellen c. t. der präterirten **filii sui** und **postumi** liegt, daß sie nämlich, während andere Geschwister die

c. t. agnosciren, in derselben Frist auch zugleich die b. p. auf ihren Intestattheil erhalten. Läge hier also nichts weiter vor, so könnten wir auch diese in derselben ersten Frist ertheilte b. p. der Instituirten ebenfalls nur eine nominelle c. t. nennen, während sie doch dem Wesen nach eine wahre sec. tab. wäre. Aber daß man hiebei nicht wohl stehen bleiben konnte, ist leicht einzusehen.

Indem man dem präterirten Notherben seinen Viriltheil gewähren wollte, mußten jedenfalls die instituirten **liberi**, wenn sie auf mehr als die **virilis portio** eingesetzt waren, bis auf diese verkürzt werden. Kamen sie also durch die c. t. ihres Bruders in Schaden, so war es auch wieder billig, daß sie umgekehrt an den Vortheilen dieser Successsion Theil nahmen. Aber hier kommt überhaupt noch mehr als die Billigkeit in Betracht.

Man muß sich wohl hüten, die c. t. b. p. als ein bloßes Rechtsmittel, wodurch der Präterirte seinen materiellen Intestattheil erhielte, anzusehen; als wenn hier etwas Aehnliches, wie bei der **querela inoff.** vorläge. Die c. t. afficirt das ganze Testament, sie geht, wie jede andere b. p., auf die ganze Universalsuccession. Sie ist keine Klage, kein Rechtsmittel, gegen die bestimmte Person des **scriptus heres** gerichtet, sie ist eine absolute, auf die volle Repräsentation des Verstorbenen gerichtete, Beerbung [1a]). Freilich tritt sie nicht ganz **ipso jure** ein, sie setzt die besondere Erbittung voraus, aber das verändert doch in ihrem Wesen nichts, und so duldet sie an und für sich keine andere Succession neben sich.

Allerdings konnte neben der wahren c. t. das Intestaterbrecht eines **filius** oder **postumus praeteritus** nicht vernichtet werden, aber gerade deßhalb fügte man dies wenigstens als nominelle c. t. an die wahre an, um doch wenigstens äußerlich eine gleichartige Succession zu haben. Ebenso ist es nun auch mit den instituirten **liberi**. Der Prätor will ja nur die **extranei** vertreiben, und unter sämmtlichen **liberi** eine

---

1a) Deßhalb wird von dem Theile der instituirten liberi gesagt: nam quod habuit ex judicio (parentis), convertitur ad contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 3. de dotis coll.

Digitized by Google

gleiche Vermögensvertheilung herſtellen; alſo kann er nicht die zurückweiſen, die, wären ſie nicht inſtituirt, ſelbſt die c. t. haben würden. Da nun aber doch die c. t. das ganze Teſtament und das ganze Vermögen betrifft, ſo müſſen nothwendig auch die Inſtituirten daran Theil nehmen. Das eben heißt es, daß ſie **commisso per alium edicto** die c. t. agnosciren dürfen. Aber unmöglich konnte ihnen dieſe Agnition als nothwendige Pflicht aufgelegt werden. Da der Prätor nichts will, als den Präterirten ihnen gleichſtellen, nicht aber ihn vorziehen, ſo kann die Unterlaſſung der Agnition unmöglich den Verluſt ihres Rechts mit ſich führen. Der Prätor berückſichtigt ſie, auch wenn ſie nicht vor ihm erſcheinen.

Hieraus erklärt ſich die Stellung der Inſtituirten dem Präterirten gegenüber. Sie zerlegt ſich in drei Fälle.

1. Wenn der Inſtituirte die abgeleitete b. p. agnoscirt, ſo erhält er dadurch ſtets den Viriltheil. War er alſo auf Weniger eingeſetzt, ſo gewann er [2]); war ihm eine größere Quote vom Erblaſſer zugetheilt, ſo gereichte ihm die b. p. zum Nachtheil, dem er aber auch durch Unterlaſſung der Agnition gar nicht entgehen kann. Denn es ſoll nun einmal gegen den Willen des Erblaſſers wegen Präterition des Einen eine gleichmäßige Vertheilung der Erbſchaft nach Virilportionen eintreten.

Wir finden alſo in dieſer Beſchränkung auf den Viriltheil daſſelbe, was auch bei den **conjunctae personae** eintritt. Aber das Recht der Letzteren unterſcheidet ſich doch von dem der inſtituirten **liberi** weſentlich dadurch, daß jene nie mehr erhalten können, als worauf ſie inſtituirt ſind, daß ſie ferner

---

2) Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent. Quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte, qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest. Es folgen dann die ſchon §. 82. mitgetheilten Worte.

Digitized by Google

ihr Recht nur vom **b. possessor**, einem Vermächtnisse gleich, ableiten sollen, wobei also die Voraussetzung ist, daß der **b. possessor** die Agnition schon vorgenommen haben muß. Die instituirten **liberi** aber haben ein ganz selbständiges Recht auf die **b. p.**, sie sollen ja doch jedenfalls wegen ihrer eigenen Person einen Viriltheil erhalten. Daß sie denselben nach dem Recht der **c. t.** erhalten, wird freilich aus der Präterition ihres Bruders abgeleitet, da sie aber auch ohne das einen Anspruch auf **b. p.** haben, so brauchen sie nicht zu warten, bis der Präterirte sein Recht geltend macht. Ihre **b. p.** wird nur eben, weil sich die **c. t.** nothwendig auf die ganze Universalsuccession erstreckt, ihrem Inhalte nach durch den Präterirten anders gestaltet, als dies aus ihrer eigenen Person, und ihrem Rechte als Instituirte folgen würde [3]).

2. Weil der Anspruch der instituirten **liberi** ein selbständiges nur dem Inhalte nach durch den Präterirten modificirtes Recht ist, so konnte man unmöglich folgern, daß, wenn er die abgeleitete **b. p. c. t.** nicht agnosciren wollte, sein Theil schon deßhalb als ausgeschlagen den Uebrigen accrescire. Der Zweck der **c. t.** ist doch nur, dem Präterirten seinen Viriltheil zu verschaffen, und wenn nun auch die **c. t.** allerdings auf die ganze Universalsuccession sich erstreckt, so kann dies nicht so weit ausgedehnt werden, daß es den Instituirten bei Verlust alles Rechts zwänge, an der notherbenrechtlichen Succession Theil zu nehmen. So kommt es, daß man ihn auch schützen mußte, wenn er aus dem Testamente die **her. aditio** vornahm. Freilich in soweit beherrscht ihn auch dann die **c. t.**, daß er nie mehr als den Viriltheil erhalten kann. Ist er aber nur auf diesen oder auf weniger instituirt, so kann er als civiler Erbe seinen ganzen Institutionstheil sich aneignen [3a]).

---

3) Fr. 10. §. 6. eod. — Hi, qui propter alios c. t. b. p. petunt, non exspectant, ut praeteriti b. p. accipiant, verum ipsi quoque b. p. petere c. t. possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, jam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

3a) Dies Recht geht auch auf die Erben des Instituirten über, wenn er ohne Agnition der b. p. gestorben ist, und ihm sein Institutionstheil als suus heres ipso jure zugefallen war. Auf die

Digitized by Google

Durch die Wahl der her. ad. vermag er alſo nie zu gewinnen, wohl aber kann er dadurch verlieren, denn die Wirkung der her. aditio iſt, daß er ſogleich den Anſpruch auf die abgeleitete c. t. verliert, weil dieſe mit einer Anerkennung des Teſtamentes nicht vereinbar iſt (ſ. §. 83. Note 5. u. 6.) [4]).

Wirkungen der c. t. haben dann aber dieſe Erben keinen Anſpruch. Fr. 1. §. 8. de collatione.

4) Fr. 14. pr. eod. (Africanus). — Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere b. p. respondit, quia judicium patris secutus sit; nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad b. p , sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui c. t. petierint, acceperint. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si b. p. accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Hier beſtand übrigens eine Controverſe unter den Römiſchen Juriſten. Die Einen (mit African) hielten ſtreng an der im Text angegebenen Regel feſt, daß, wer das Teſtament anerkenne, keinen Anſpruch auf die c. t. und deren Vortheile habe. Die tuitio Praetoris, welche rückſichtlich des antretenden Inſtituirten erwähnt wird, iſt daher nicht etwa die Ertheilung einer b. p. an denſelben, wie Mühlenbruch meint (a. a. O. S. 35. Note 79.), denn es wird hier gerade vorausgeſetzt, der Inſtituirte habe ſie nicht agnoscirt, ſondern ſie bedeutet die Aufrechthaltung des reinen Civilrechts, neben der dem Präterirten ertheilten c. t. — Die Gegner des African, zu denen Paulus gehört, nahmen die mildere Anſicht an, daß, da der Inſtituirte doch die c. t. hätte agnosciren können, er die Vortheile derſelben genießen ſolle, als wenn er ſie wirklich agnoscirt habe. Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem b. p. acceperit, hic quidem, qui b. p. accepit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur. Et complures putant, certis personis et eum praestare debere. Quod puto verius esse, nam et Praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui c. t. petere potuerunt. — Für Paulus ſpricht die Billigkeit, wenn man ſich denkt, daß der scriptus durch irrige und unbedachte Antretung ſich mittelſt der an extranei zu zahlenden Legate großen Schaden verurſacht hat. Je-

Digitized by Google

Allerdings kommt hiedurch das Resultat heraus, daß wieder zwei verschiedene Successionen neben einander bestehen, eine testamentarische und eine c. t.; aber das ist nun einmal nicht zu ändern. Das Princip, alle **liberi** neben einander anzuerkennen, ist die Hauptsache. Das andere, nämlich die Grundsätze der c. t. über die ganze Erbschaft herrschen zu lassen, ist das schwächere, das im Conflict mit jenem zurückweichen muß. Der Prätor kann nichts thun, als den Instituirten die Möglichkeit bieten, sich der c. t. zu bedienen. Gegen ihren Willen das zweite Princip durchführen, hieße einer juristischen Theorie zu Liebe den Hauptzweck verfehlen, den man vor Augen hatte [5]).

Vergleichen wir nun aber wieder das Recht der instituirten **liberi** mit dem der übrigen Instituirten, namentlich der **conjunctae personae**. Es besteht hier eine völlige Stufenfolge. Der **extraneus** wird ganz hinweggeräumt, seine **hereditatis aditio** hat, wenigstens für ihn selbst gar keine Bedeutung. Die **conjuncta persona** kann allerdings, weil doch ihre **portio virilis** conservirt wird, durch Antretung die Erbschaft als testamentarischer Erbe erwerben, aber ihr ist dies durch den Prätor verboten, und sie macht sich mit der **actio doli** für den Schaden verhaftet, der daraus der Erbschaft erwächst. Ganz anders aber ist es bei den instituirten **liberi**. Der Prätor muß sie nach seinem eigenen Princip schützen, auch wenn

---

denfalls aber ist Africans Ansicht die juristisch consequentere. Paulus widerspricht sich selbst, indem er eben vorher in demselben § sagt: Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adiisset hereditatem. Also wenn er die hereditas antritt, so muß er doch sämmtliche Legate prästiren, und nun gleich darauf sucht Paulus zu beweisen, daß der die hereditas Antretende sie nicht zu zahlen brauche »perinde atque si accepisset b. p.!« Damit ist also in beiden Fällen ohne Princip gerade das Entgegengesetzte von dem, was eigentlich vorliegt, an die Stelle gesetzt.

5) Indeß wirkt das zweite Princip wenigstens noch in soweit ein, daß der Instituirte, der die her. ad. vorgenommen hat, ebensowenig ein ihm hinterlassenes Legat fordern kann, als wenn er die abgeleitete c. t. b. p. agnoscirt hätte. Fr. 22. de legat. praest.

Digitized by Google

sie nicht die b. p., sondern die her. aditio erwählen. Es ist also nicht daran zu denken, daß sie dadurch, wie die conj. pers., die doli actio auf sich zögen, denn diese ruht ja nur auf der an die conj. pers. zu machenden Denuntiation, welche hier, wo ein selbständiges dem Präterirten gegenüber vorhandenes Recht des Instituirten vorhanden ist, gar nicht vorkommt. Aber freilich muß der Instituirte nun doch alle Wirkungen der her. aditio, also alle Legate, wenigstens nach der consequenteren Ansicht Africans anerkennen [6]).

3. Das Bisherige zeigt, daß der Prätor bei den insti-

---

6) Hiedurch bestätigt sich jedenfalls das §. 84. Note 14 Gesagte, daß auch die instituirte conj. pers., wenn sie die her. ad. vornahm, die Legate an die extranei zu zahlen hat, und darin werden Africans Gegner (s. Not. 4.) gewiß nicht anderer Meinung gewesen sein, denn der Billigkeitsgrund des Paulus, quod ex his liberis est, qui c. t. petere potuerunt, paßt für die conj. pers. gar nicht. — Sehr zweifelhaft ist aber umgekehrt die andere Frage, ob, wenn die instituirten liberi die her. ad. vornahmen, die libertates vollkommen gültig geworden seien? Schon bei der instituirten conj. pers. heißt es, sie seien ex necessitate anzuerkennen. Dagegen kann nun aber hier nicht von der actio doli die Rede sein, wodurch sich der b. possessor entschädigte. Und so scheint es, daß nun auch er die libertates vollkommen habe anerkennen müssen. Dennoch kann ich dies kaum glauben. Ebensogut wie der Prätor die c. t. in der Weise über die ganze Erbschaft herrschen läßt, daß dem Präterirten sein Viriltheil durch den Willen des Instituirten nie gekürzt werden kann, so wird er auch keine Einwirkungen auf den Werth dieses Viriltheils zugelassen haben. Ganz so wird ja auch durch die her. ad. dem b. possessor keine größere Pflicht zur Legatenzahlung aufgelegt, als ihm schon nach den Regeln der c. t. obliegt. Der Instituirte begründete nur für seinen Institutionstheil die Gültigkeit der Legate an extranei. Freilich kann man ebenso nicht auch die Freiheitsertheilungen behandelt haben, denn die Freiheit ist untheilbar. Aber deßhalb scheint es mir auch gar nicht unwahrscheinlich, daß der Instituirte auf seinen Theil alle Freiheitsertheilungen anrechnen mußte; er hatte den Schaden sich selbst zuzuschreiben, indem er ja die her. ad. unterlassen und die abgeleitete c. t. ergreifen konnte. — In den Quellen wird diese Frage, soviel ich weiß, gar nicht erwähnt, indeß läßt sie sich einigermaßen mit fr. 77. §. 29. de legat. II. vergleichen. Man kann auch hier sagen: libertates praestandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

Digitized by Google

tuirten **liberi** ſogut wie bei den **conjunctae personae** die Vornahme der **her. aditio** verhindern will, nur daß er ſie jenen nicht ſo ſtreng wie dieſen verbieten kann. Sein Zweck iſt, die ganze Erbſchaft nach den Grundſätzen der **c. t. b. p.** zu reguliren. Und ganz abgeſehen von dem in Note 6 vermutheten Punkte, (daß nämlich die Laſt der Freiheitsertheilung lediglich auf die Portion des Inſtituirten fiel), ſo war ſchon die Ungültigkeit der Legate an **extranei** genügender Grund, daß man ſich vor der **her. aditio** gehütet haben wird, um der Vortheile der **c. t.** theilhaftig zu werden. Später, als vielleicht des Paulus Anſicht in die Praxis eingriff, und die Legate an **extranei** trotz der **her. aditio** ungültig bleiben ſollten, mag letztere wieder mehr vorgekommen ſein. Auf alle Fälle ſehen wir, daß der Prätor die Ungültigkeit der Legate an **extranei** ſoviel als möglich zu einer allgemeinen macht, indem ſie nicht bloß für den ſtatt findet, der ſelbſt die abgeleitete **c. t.** hat, ſondern auch für den, welchem nur die **portio virilis conservatur.** Aber daß dies **beneficium** auch Anderen als dem Präterirten mitgetheilt wird, hat doch nur darin ſeinen Grund, daß wirklich der Präterirte von ſeinem Rechte Gebrauch macht. Bei der **conj. pers.** verſteht ſich dies immer von ſelbſt, indem die Denuntiation des **b. possessor** an ſie natürlich erſt nach der Agnition der **b. p.** Bedeutung hat, und auf dieſer Denuntiation das ganze Recht der **conj. pers.** ruht. Bei den inſtituirten **liberi** aber iſt es, wie wir geſehen haben, anders. Sie brauchen die Agnition des Präterirten nicht abzuwarten, um die abgeleitete **b. p.** geltend zu machen. Aber dadurch wird doch nichts an dem Satze geändert, daß ſie dies **beneficium** der **c. t.** nur haben, wenn der Präterirte von ſeinem Rechte Gebrauch macht. Geſchieht dies alſo nicht, ſo muß der Präterirte ganz wie ein **scriptus heres** alle Legate zahlen [7]). Seine **b. p.** hat daher nur den Namen der

---

7) **Fr. 15. §. 1. de legat. praest. — Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus, et utrique c. t. b. p. acceperint, et institutus eadem praestat, quae praeteritus. Sed si solus heres institutus c. t. b. p. acceperit, omnibus debebit legata praestare, perinde atque si adisset hereditatem. Fr. 14.**

Digitized by Google

c. t., dem Wesen nach ist sie eine **secundum tabulas**, und wir können sie ebensogut, wie die des präterirten Haussohns oder **postumus**, eine nominelle nennen, nur daß die letztere ein noch volleres Recht, als die wahre c. t. enthält, während umgekehrt die c. t. des Instituirten nicht einmal die Vortheile der wahren c. t. mit sich führt.

Hieraus aber ersieht man, daß die ganze abgeleitete c. t. b. p. nicht eine eigenthümliche Willkührlichkeit Prätorischer Jurisdiction, sondern lediglich das Ergebniß des allgemeinen Princips ist, eine jede Succession müsse die ganze Erbschaft, die c. t. also auch das ganze Testament umfassen [8]). Es ist mithin derselbe Grund, den wir auch für die nominelle b. p. des civilen Notherben oben gerechtfertigt haben, ein Grund, der es von selbst mit sich bringt, daß wenn eine Succession überhaupt nicht eröffnet wird, natürlich auch Andere nicht daran Theil nehmen können. Daß dies Princip hier sich zu einem äußerlich ganz besonderen Institute gestaltet, kommt ja nur daher, daß alle b. p. überhaupt auf specieller Agnition beruht. Wollte man also noch Andere zur c. t. zulassen, so mußte man ihnen eine ganz eigene b. p. geben. Aber auch davon ging, wie wir aus der Ansicht des Paulus sehen, die spätere Jurisprudenz ab, denn seine Meinung, daß der Instituirte trotz der **her. aditio** die Legate an **extranei** nicht zu zahlen brauche, können wir ja auch so ausdrücken: die einmal eröffnete c. t. wird **ipso jure** auch auf die übrigen **liberi**

---

pr. eod. — Eine andere Aufrechthaltung der testamentarischen Succession liegt darin, daß, wenn auch der instituirte Sohn selbst nach dem Rechte der c. t. succedirt, doch der durch Pupillarsubstitution an seine Stelle Rückende ganz an die Vorschriften des Testaments für den auf den Sohn gefallenen Theil gebunden ist. Fr. 126. pr. de legat. I.

8) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. — et ideo sive emancipatus, sive is qui in potestate mansit, sive in adoptionem datus ex minima parte heres scriptus sit, non redigitur ad eam portionem, ex qua institutus est, sed virilem accipit. Indem man sagt, der Präterirte solle durch die c. t. den Viriltheil erhalten, so liegt doch darin auch die Anerkennung der Uebrigen, deren Theil also die c. t. des Präterirten in einen Viriltheil verwandeln muß.

Digitized by Google

ausgedehnt, ſobald ſie nur überhaupt an der Succeſſion Theil nehmen wollen, eine beſondere Agnition iſt nicht nöthig.

§. 86. Die abgeleitete b. p. ſetzt ihrem ganzen Weſen nach, wie oben ſchon hervorgehoben wurde, ſolche **liberi** voraus, welche, wenn ſie nicht inſtituirt wären, ſelbſt ein Recht auf die c. t. b. p. haben würden. Dies erkennen auch die Römer ausdrücklich an [1]). Aber in einem Punkte ſind ſie doch über dieſen Satz hinaus gegangen. Nicht bloß inſtituirte **filii**, und **postumi sui**, Accrescenzerben und Emancipirte haben die abgeleitete b. p., ſondern auch den durch Adoption in eine fremde Familie Gegebenen iſt ſie zugeſtanden worden. Und zwar nicht erſt durch erweiternde Interpretation der Juriſten, ſondern in Folge ausdrücklicher Verfügung des Edicts:

> **Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t. (Ulp.) — In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint; et hoc justissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo et si fuerint heredes scripti, accipient c. t. b. p.; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum. Sed si ipse scriptus non sit, sed alius, qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. c. t. admittamus.**

Die c. t. b. p. wurde, wie wir geſehen haben, eingeführt, um die **extranei** von der Erbſchaft zu vertreiben, unter den **liberi** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbſchaft eintreten zu laſſen. Es lag ſehr nahe, daß man fragen mußte, zu welchen von beiden Klaſſen, den **liberi** oder **extranei**, man den **in adoptionem datus** (unter dem natürlich ein leibliches Kind vorausgeſetzt wird [2])) zu rechnen habe. Wenn nun frei-

---

1) **Fr. 10. §. 4. de b. p. c. t. — Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum; quo enim bonum est, iis favere, ut partem faciant, nihil habituris!** Dieſe **liberi** ſind alſo die, welchen, wenn ſie inſtituirt ſind, die **portio virilis conservatur.**

2) **Fr. 8. §. 12. eod. — Ut autem admittantur ad b. p., ex liberis esse eos oportet.**

Digitized by Google

lich kein Zweifel sein konnte, daß ihm die c. t. nicht selbständig zugestanden werden könne, so war es doch etwas ganz Anderes, ob, wenn er instituirt war, er mit den übrigen **extranei** solle ausgetrieben werden. Es wird ja gerade vorausgesetzt, daß er **ex liberis** sei (Note 2), und er kann doch unmöglich, wie Labeo auch in der angeführten Stelle hervorhebt, **in totum extraneus** genannt werden. Sehr natürlich daher, daß der Prätor, als er den Accrescenzerben die c. t. zur Vertreibung der **extranei** gab, und also umgekehrt die instituirten **liberi** an der c. t. mit Theil nehmen ließ, den **in adoptionem datus** diesen letzteren zuzählte.

Die weiteren Regeln, unter welchen derselbe gerufen wird, sind einfach zu bestimmen. Wie er sich überhaupt dadurch von den übrigen **liberi** unterscheidet, daß er nie aus eigener Person die c. t. haben kann, so finden sich auch im Uebrigen noch einige Eigenthümlichkeiten. Jedenfalls versteht es sich, daß er in dem **gradus** eingesetzt sein muß, gegen welchen die c. t. des Präterirten gerichtet ist [3]). Wenn er aber unter einer Bedingung eingesetzt war, so steht seine abgeleitete c. t. ebenfalls unter dieser, da er ja, wenn die Bedingung wegfällt, kein selbständiges Recht auf die c. t. b. p. hat [4]). Ob übrigens das Kind vor oder nach dem Tode des Testators adoptirt worden, ob der Adoptivvater noch lebt oder nicht, ist gleichgültig [5]). Etwas ganz Eigenthümliches aber ist, daß dem **in adoptionem datus**, wenn er als **scriptus** die **her. aditio** vornimmt, dies ihm jedenfalls bei Geltendmachung der abgeleiteten b. p. nicht entgegensteht [6]). Und

---

3) Fr. 8. §. 13. de b. p. c. t.

4) Fr. 11. pr. eod.

5) Fr. 9. 10. pr. eod.

6) Fr. 10. §. 1. §. 3. eod. — (Ulp.) Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas ei datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas b. p. repellendus est. Ulpian hatte demnach wahrscheinlich die strengere Ansicht Afrikans (s. §. 85. Note 4.), daß alle instituirten liberi, außer dem in ad. dat, wenn sie die her. ad. vornehmen, auch an die extranei die Legate zu zahlen haben.

Digitized by Google

jene hat hier ſogar ſo wenig Bedeutung, daß wenn der **in ad. datus** ſie auf Befehl ſeines Adoptivvaters vorgenommen, dann aber erſt nach der Emancipation die **c. t.** erbeten hat, nicht dem Vater, ſondern ihm ſelbſt das Vermögen erworben wird [7]).

Jetzt erſt können wir in einem Geſammtüberblick ſämmtliche in der **c. t. b. p.** vereinigten Perſonen zuſammenſtellen. Es iſt auch in dem Bisherigen zugleich angegeben, welche dieſer Perſonen erſt durch ſpätere Ausdehnungen zu der urſprünglichen **b. p.** hinzugezogen ſind. Wir wollen alſo das Reſultat unſerer Unterſuchungen hier nochmals kurz überblicken.

1. Die urſprüngliche wahre **c. t. b. p.** iſt die der Accrescenzerben; eingeführt, um ihnen einestheils den **scripti extranei** gegenüber ein Recht auf die **tota hereditas** zu geben, anderntheils im Fall der Concurrenz mit anderen **liberi** eine natürliche Vertheilung der Erbſchaft nach Viriltheilen und mit gleichmäßigen Principien in Beziehung auf die Nebenbeſtimmungen des Teſtaments eintreten zu laſſen. Dieſe concurrirenden **liberi** können (da die Exheredationen beſtehen bleiben) nur präterirt oder inſtituirt ſein. In jenem Fall haben ſie entweder aus eigener Perſon die wahre **c. t.** oder, wenn es Civilnotherben ſind, die nominelle, die in derſelben Friſt agnoscirt wird, aber freilich dem Weſen nach nichts Anderes als eine Inteſtatſucceſſion ſein kann. Im Fall der Inſtitution aber haben ſämmtliche **liberi sui, emancipati** und **in adoptionem dati** die abgeleitete **c. t.** Beide, die nominelle wie die abgeleitete **b. p.** erklären ſich daraus, daß die **c. t.** gegen das ganze Teſtament gerichtet iſt, alſo auch die geſammte Univerſalſucceſſion umfaſſen muß. Dies ſind mithin Theile der **b. p. c. t.**, welche wir uns gleich von Anfang an als beſtehend zu denken haben.

2. In der Folge wurde auch den **emancipati** als fingirten **sui** ein ſelbſtändiges Recht auf Inſtitution oder Exheredation, alſo auch im Fall der Präterition eine ſelbſtändige

---

7) Fr. 10. §. 2. eod.

Digitized by Google

c. t. b. p. gegeben. Es kann wohl nach den obigen Beweisen als sicher angenommen werden, daß diese Hinzuziehung der **emancipati** erst ein späterer Schritt war. Und die historische Anknüpfung ist denn auch in der That so sehr natürlich. Daß nämlich die **emancipati** gleich von Anfang an ebensogut wie die **in adoptionem dati** auf die abgeleitete c. t. Anspruch hatten, ist doch wohl nicht füglich zu bezweifeln. Sehr leicht konnte nun ein späterer Prätor darauf kommen, das Recht der Emancipirten noch zu vergrößern, während das der **in adoptionem dati** sehr erklärlicher Weise in den alten Gränzen bestehen blieb. Aber es erscheint jetzt als eine Singularität, während das früher durchaus nicht der Fall gewesen war.

3. Der letzte Schritt, der auf ein Kaiserrescript sich stützt, war die Hinzuziehung der instituirten **parentes et liberi**. Zu einer abgeleiteten c. t. sind sie nicht gelangt, sie sollten nur ein mittelbares, dem Vermächtniß ähnliches Recht haben, aber unter dieser Voraussetzung succedirten sie doch in ihren Viriltheil nach den allgemeinen bei der c. t. b. p. für die Auszahlung der Legate geltenden Regeln.

Es ist hiernach wohl am Platze, ein allgemeines Urtheil über das ganze Institut der c. t. abzugeben. Soll aber dies ein unpartheiisches sein, so müssen wir nicht mit einem den heutigen Verhältnissen entnommenen Maaßstabe messen; wir müssen den Werth des Instituts nach damaligen Zeiten, als es entstand, und nach den damaligen Verhältnissen beurtheilen. Für uns ist die c. t. ein völlig unpassendes Institut. Aber es giebt im Gebiete des Rechtes Vieles, was nicht aller Orten und zu allen Zeiten brauchbar, und dennoch uns die größte Achtung abnöthigen und höchst lehrreich sein kann. Dies scheint mir gerade von der c. t. b. p. gesagt werden zu dürfen.

Es war damals, im Anfange der Kaiserzeit, eine Uebergangsperiode. Das Erbrecht war bisher seinem Grundwesen nach vollkommen auf die Agnation gebaut gewesen, und dies wurzelte noch so tief im Rechtsbewußtsein der Römer, daß von ei-

Digitized by Google

ner Umstoßung gar nicht die Rede sein konnte. Aber es hatten sich schon Elemente festgesetzt, wonach auch die Cognation im Erbrechte zu berücksichtigen war; freilich noch nicht mit Hinwegräumung des Agnationsprincips, aber doch wenigstens als ein zweites selbständiges, gleichberechtigtes Princip. Es ist im vorhergehenden Kapitel hervorgehoben worden, daß die Klasse **unde cognati** nicht so sehr als Wirkung, sondern als Ursache aufzufassen ist, daß die Cognation sich im Römischen Erbrecht festgesetzt hat. Dieß mußte zunächst die Folge haben, daß jedenfalls ein früher bestandenes Agnationsverhältniß dem noch bestehenden nicht nachstehen solle, daß überhaupt auch innerhalb der Agnation die aus alter Zeit stammenden Unterschiede fortan mehr ausgeglichen wurden. Und das hat der Prätor in der **c. t. b. p.** gethan. Es hatte ferner die Cognation, gewiß erst seitdem ein **ordo unde cognati** bestand, auch darin Wurzel gefaßt, daß man den nächsten Cognaten, den **parentes et liberi**, neben dem bisher bloß auf die Agnation basirten formellen Notherbenrecht, ein eigenes materielles Notherbenrecht einräumte. Obgleich durch die Prätorische Cognatenklasse veranlaßt, hatte sich dies doch durch ein anderes Organ, die Centumvirn, zum practischen Recht gestaltet; aber wir haben gesehen, daß der Prätor das auswärts entstandene Rechtsinstitut auch wieder mit seinem eigenen Notherbenrechte organisch zu verbinden verstand [8]).

Noch aber konnte man durchaus nicht sagen, daß die Cognation auch nur gleichberechtigt neben der Agnation stehe. Dahin kam man erst durch das **SC. Orphitianum** und **Tertullianum**, und überhaupt ist es der natürliche Entwicklungsgang, daß wenn zwei Principien, ein altes und ein neues, in Collision und Kampf gerathen, selten am Ende ein ruhiger

8) Diese freiere nicht lediglich auf das Civilrecht, sondern mehr auf eine natürliche Anschauung gestützte Behandlung des Erbrechts spricht sich aus in fr. 7. pr. de bon. damn. (Paul.) — Quum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt etc.

Digitized by Google

Zustand der Gleichberechtigung herauskommt, sondern das eine ganz siegen, das andere ganz untergehen muß. Und so ist auch im Erbrechte das agnatische Recht untergegangen.

Jedenfalls aber sieht man aus diesen kurzen Andeutungen, daß die c. t. b. p. in einer größeren Rechtsentwickelung auf einer Zwischenstufe entstanden ist, auf der man unmöglich bleiben konnte, und daß sie, zu einer Zeit entstanden, wo die Agnation noch so feste Wurzeln hatte, unmöglich in einen Rechtszustand passen kann, wo ganz das Princip der Cognation an die Stelle getreten ist. Aber dies kann uns nicht hindern, für die Zeit ihrer Einführung das Lob auszusprechen, daß wir in ihr ein Product ausgezeichneter juristischer Kunst vor uns haben. Während die Grundlage des Instituts durchaus die Agnation ist, sind die cognatischen Elemente damit doch so fein verwebt worden, das bisher bestehende Civilrecht ist dabei, wo es nicht entschieden corrigirt werden sollte, so geschickt mit den neuen Prätorischen Bestimmungen ausgeglichen worden, und was die Hauptsache ist, das ganze Institut ist so durch und durch auf feste juristische Principien gebaut, die überall hervorleuchten, — daß der Betrachtende, der Genuß an wissenschaftlicher Schärfe hat, sich der Freude nicht erwehren kann. Das Institut, welches ein eigenthümlich abgeschlossenes Ganzes bildet, ist in der Blüthe der Jurisprudenz entstanden und ausgebildet worden, und die Thätigkeit der Römischen Juristen muß hier gewiß nicht bloß in der Commentirung des Gegebenen, sondern auch in der Ausdenkung und Construction des zu Gebenden gesucht werden.

VI. Das Edictum de conjungendis cum emancipato liberis.

§. 87. Den gesammten Kreis der zur c. t. b. p. gezogenen Personen haben wir im Bisherigen bereits kennen gelernt. Es ist daran noch eine eigenthümliche Verbesserung zu knüpfen, welche mit der Zeit sich als nöthig erwies, und von demselben Juristen herrührt, der auch die Herzuziehung der instituirten **conjunctae personae** veranlaßt hatte. Ich meine die **nova clausula** des Salvius Julianus, oder das **edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus.**

Digitized by Google

Es betrifft eine nothwendige Collision, in welche, seitdem die Emancipirten selbständig zur c. t. hinzugezogen waren, das Recht derselben mit dem der Accrescenzerben gerathen mußte. Wenn nämlich in der Gewalt befindliche **nepotes** mit einem Emancipirten concurriren, von dem sie nicht selbst abstammen, so hat freilich die Sache gar keine Schwierigkeit. Unser Edict aber betrifft den Fall, wie das schon in der Titelüberschrift liegt [1]), daß die **nepotes in potestate** die Kinder des emancipirten Sohnes sind. Wir müssen nun, ehe wir den Inhalt der **nova clausula** selbst kennen lernen, untersuchen, wie die **c. t. b. p.** vor derselben gestaltet gewesen sei.

Es besteht bei der **c. t.** der allgemeine aus dem Civilintestaterbrecht hergenommene Satz, daß, wenn in derselben **stirps** ein Näherer vorhanden ist, dadurch der Entferntere ausgeschlossen wird. Darnach konnte der **nepos**, auch wenn er emancipirt war, sich nicht auf das den Emancipirten ertheilte Recht berufen, so lange sein in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebener Vater noch vorhanden war [2]). Und ebenso mußte der **nepos** ausgeschlossen sein, wenn er mit seinem Vater emancipirt worden war [3]). Diese beiden Fälle konnten von jeher gar kein Bedenken erregen. Wie aber in unserem Fall, wenn der **nepos in potestate** bleibt, sein Vater dagegen emancipirt wurde?

Im Anfange, als die **c. t.** nur den Accrescenzerben gegeben ward, war unzweifelhaft nur der **nepos** der Berufene. Als nun aber die Emancipirten hinzugezogen wurden, trat

---

1) **D. XXXVII. 8.** — »liberis ejus.«

2) **Fr. 4. §. 1. de b. p. c. t.** — Si quis filium, quem in potestate habuit, instituerit heredem vel exheredaverit, et ex eo nepotem omiserit, b. possessioni locus non est, quia non esset nepos suus heres futurus. Eadem sunt et in sequentibus gradibus. **Fr. 1. §. 6. de conjungendis.** — Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem, sive emancipatum, ad bona avi neque vocari neque vocandum esse, Scaevola ait.

3) **Fr. 6. §. 1. de b. p. c. t.** — Quodsi et filium et nepotem emancipaverit, vivente quidem filio nepos non veniet, post mortem autem ejus ad b. p. avi veniet. vergl. auch §. 4. eod.

Digitized by Google

doch der Vater als selbständig Berechtigter vor seine Kinder, und mußte ihnen also nach der obigen Regel das bisher bestandene Recht der c. t. entziehen. Dies wird auch nicht bezweifelt, indeß ist neuerdings die Ansicht aufgestellt worden [4]), daß der Prätor ihnen wenigstens ihr civiles Accrescenzerbenrecht anerkannt habe. Aber auch dies muß ich läugnen.

Wenn man einmal zugiebt, daß der **nepos** durch seinen Vater von der **c. t. b. p.** vertrieben war, so muß man ihm auch alles Recht absprechen, denn das civile Accrescenzerbrecht ist nur gegen **scripti heredes** gerichtet. Diese aber waren durch die **c. t.** des Vaters hinweggeräumt, die **extranei** vollständig, die instituirten **liberi** waren mit in die **c. t.** hineingezogen. Es fehlten also ganz die Personen, welche das Civilrecht voraussetzt, und statt dessen nun die **c. t. b. possessores** an die Stelle setzen, das würde ja gerade heißen, der Prätor habe innerhalb der **c. t. b. p.** den Vater den **nepotes** *nicht* vorgesetzt, was doch aber, wie wir eben sagten, nothwendig geläugnet werden muß. Es war ja auch gar nicht anders möglich, als daß die Enkel vor ihrem Vater zurücktreten mußten. Letzterer wird, indem man ihm die **c. t.** giebt, als **suus** fingirt, und sobald diese Fiction einmal angenommen war, so trat denn auch von selbst die allgemeine Regel des civilen wie Prätorischen Rechtes ein, daß beim Vorhandensein desselben die ferneren Descendenten seiner **stirps** nicht in Betracht kommen (s. Note 2).

Ueberhaupt scheint mir erst durch die Annahme, daß die **nepotes** bisher vom Vater vollkommen ausgeschlossen wurden, die **nova clausula** des Julian verständlich zu werden. Wenn sie bisher ihr Accrescenzerbrecht geltend machten, so wäre ihnen jetzt dies, oft zu ihrem Nachtheil, entzogen worden, indem sie nur immer die auf den Vater fallende Portion theilen müssen. Wie sollte der Prätor auf diese eigenthümliche Rechtsänderung haben kommen können? Bei der umgekehrten Annahme dagegen ist Alles verständlich. Es war die **nova clausula**, wie es auch die Quellen auffassen, eine reine Begünstigung im Verhältniß zum bisherigen Recht. Man fand es

4) Foerster l. c. p. 269.

Digitized by Google

unbillig, daß der Sohn allein gerufen wurde, und die Enkel ausschloß (**hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat, et excludat nepotes in potestate manentes**), während man doch zu Gunsten der **nepotes** immer ihr civiles Accrescenzerbrecht anführen und es als Verkehrtheit betrachten konnte, daß dies vom Vater ganz ausgeschlossen werde (**neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo**) [5]). So ist es denn also gerade erst die **nova clausula**, welche ihnen ihr verlorenes Recht wieder herstellt. Dadurch eben sollte keine absolute Veränderung im bisherigen Vertheilungsmodus der **c. t. b. p.** eintreten. Vielmehr werden andere Personen als der Vater dadurch gar nicht beeinträchtigt, die Virilportionen werden ganz so wie bisher berechnet, und nur von dem auf den Vater fallenden Theil können nun die **nepotes** (gleichsam als von einem **extraneus**) [6]) die Hälfte mittelst der ihnen jetzt eingeräumten selbständigen **c. t. b. p.** verlangen. —

Nach diesen Vorbemerkungen haben wir die einzelnen Sätze der **nova clausula** genauer kennen zu lernen.

1. Der Anspruch der **nepotes** ist ein selbständiger, nicht etwa eine abgeleitete **c. t. b. p.**, oder ein den instituirten **conj. pers.** ähnliches Recht, oder gar bloß eine gegen den Vater gerichtete Klage. Es ist eine aus eigener Person erbetene **c. t. b. p.**, aber freilich dadurch von der des Vaters abhängig, daß ihr Gegenstand stets die Hälfte dessen beträgt, was der Vater durch seine **c. t. b. p.** nach dem bisherigem Rechte allein erhielt. Bekam also der Vater bisher die ganze

---

5) Fr. 1. §. 1. de conjung.

6) Das Vorbild, daß man den nepotes ein Recht auf die Hälfte der Portion einräumte, war gewiß ihr civiles Accrescenzerbrecht. Sie können dies gegen andere c. t. b. possessores nicht geltend machen, weil diesen gegenüber ihnen ihr eigener Vater als Haupt der stirps entgegen steht. Aber mit dem Vater selbst sollen sie als wie mit einem scriptus extraneus theilen. Freilich aber ist es nichts als ein Vorbild, damit nicht ferner die nepotes jure potestatis objiciantur patri suo. Dagegen kann man die nova clausula nicht als directe Wiederherstellung des civilen Accrescenzerbrechts auffassen, denn der Vater ist ja kein scriptus heres, wenigstens ist dies nicht die nothwendige und regelmäßige Voraussetzung.

Digitized by Google

Erbschaft, so gewannen die **nepotes** allerdings soviel, wie durch das alte Accrescenzerbrecht. Erhielt er, wegen der Concurrenz mit anderen **liberi** nur eine Portion, so erscheinen die **nepotes** jetzt gleichsam als **conjuncti** auf diesen Theil, den andern **liberi** können sie nichts entziehen [7]).

2. Die regelmäßige Voraussetzung des Edicts ist, daß beide, Sohn und Enkel, ihr Recht neben einander durch c. t. b. p. geltend machen. Es ist von Interesse zu sehen, wie der Prätor dies Nebeneinanderstehen Beider darstellt. Wir besitzen nämlich, wie wohl ganz unbedenklich angenommen werden kann [8]), im **fr. 1. pr. de conjungendis** die unverstümmelten Edictsworte, nur daß Ulpian die erste Person in die dritte, ebenso wie in **fr. 1. pr. de Carb. ed.**, umgesetzt hat:

> **Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque quos in ejusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio ejus partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate mansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi ejus, hisque duntaxat bona sua conferat.**

Der Prätor hebt es ausdrücklich hervor, daß der Gegengenstand dieser b. p. (es wird stillschweigend hinzugedacht: **contra tabulas**) die **pars** ist, welche der Sohn, wenn er wirklich in der Gewalt geblieben wäre, allein erhalten haben würde, und die er auch bisher in Folge der fingirten Suität in der That erhielt, trotz dem daß die **hereditas suo nomine ad nepotes pertinebat**. Eben diese Ungerechtigkeit soll ferner nicht mehr statt finden, so daß die **nepotes**, wie Ulpian sagt,

---

7) **Fr. 1. §. 9. de conjung.** Entgegenstehend ist nicht, wie wir gleich sehen werden, §. 3. eod. — Ueber den Fall, wenn auch pronepotes vorhanden sind, s. §. 7. eod. — Ueber ihr Accrescenzrecht s. **fr. 12. pr. de b. p. c. t.**

8) Dies bemerkt auch Förster. — Im §. 1. sagt Ulpian von dem pr. »**hoc edictum aequissimum est.**«

Digitized by Google

nicht mehr **jure potestatis objiciantur patri suo**. Bei ihnen macht indeß der Prätor die Einschränkung, daß sie nicht die **nota exheredationis** verdient haben dürfen [9]). Indessen ist nicht daran zu denken, daß hierin eine Hinweisung auf die beim Inofficiositäts- und Pflichttheilsrechte geltenden Grundsätze liege. Bei dem formellen civilen und Prätorischen Notherbenrechte ist gar kein Beweis, daß man **immerito** exheredirt sei, zulässig, also wenn der **paterfamilias** die Exheredation angeordnet hat, so erzeugt das eine durch Beweis gar nicht zu elidirende Präsumtion, daß der Testator seine guten Gründe dazu gehabt haben müsse, ebenso wie man umgekehrt annahm, wenn Jemand honorirt worden war, dies sei **ob meritum aliquod** geschehen [10]). Jene Worte **neque notam exheredationis meruerunt** heißen also nichts Anderes, als: „wenn sie nicht exheredirt worden sind“ [11]).

Hierin liegt nun, daß der Prätor den **nepotes** in zwei Fällen die **c. t. b. p.** verspricht, nämlich wenn sie *präterirt* und wenn sie *instituirt* sind. Im ersteren Fall haben sie sie aus eigener Person, im zweiten wird ihnen die *abgeleitete* **c. t.** gegeben [12]). Durch letztere können sie ihren Erbtheil allenfalls noch vergrößern, war aber umgekehrt ihr Institutionstheil größer als das nach der **nova clausula** ihnen Zukommende, so mußten sie sich den Abzug der Ueberschüsse gefallen lassen; und dieselben Regeln fanden auch Statt, wenn ihnen bloß ein Legat hinterlassen war, mit dem sie sich zufrieden erklärten [13]).

---

9) Die Exheredation mußte **nominatim** geschehen. **Fr. 5. pr. si tab. test. null.**

10) Fr. 9—11. pro socio.

11) So haben die Worte in dem bekannten fr. 13. de doli mali exc. (s. meine Historia b. p. sec. tab. p. 62): — **Exheredatis liberis, qui nihil ex patris judicio meruerunt** — nicht den Sinn: „wenn Kinder aus einer wohlverdienten Ursache exheredirt sind,“ sondern: „wenn Kinder exheredirt sind, von denen man eben wegen ihrer Exheredation annimmt, daß sie Nichts verdient haben.“

12) Außer wenn sie **in adoptionem dati** sind, wo ihnen auch keine **graduum successio** zu Gute kommt. fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

13) Fr. 18. u. 19. de legat. praest. s. darüber Cujacius ad Africanum. Tract. IV.

Digitized by Google

3. Wenn es nun der Hauptgrundſatz der nova clausula war, die nepotes mit dem die contra t. b. p. nachſuchenden filius zu verbinden, ſo erklärt ſich doch auch ſchon aus dem unter № 1 Geſagten, daß das Recht der nepotes nicht daran geknüpft werden konnte, ob ihr Vater die b. p. überhaupt agnosciren durfte oder wollte. Das Recht der nepotes ſollte ein ſelbſtändiges ſein. War daher auch der Vater exheredirt, ſo können die präterirten Enkel nichtsdeſtoweniger die c. t. nachſuchen, denn der exheredatus gilt hier pro mortuo [14]). Und ebenſo mußten ſie auch ihren Theil fordern dürfen, wenn ihr Vater inſtituirt war [15]), woraus es ſich denn von ſelbſt erklärt, daß ſie dann nicht die Hälfte deſſen fordern können, worein der Vater inſtituirt iſt, ſondern deſſen, was er erlangt hätte, wenn er ſelbſt die c. t. b. p. agnosciren dürfte.

Fr. 1. §. 3. de conjung. — Filio in potestate ex besse, emancipato ex triente herede instituto, Julianus ait, nepotem praeteritum petita contra tabu-

---

14) Fr. 25. pr. de legat. praest. fr. 1. §. 4. u. 5. de conjung. — Si pater emancipatus exheredatus sit, nepotibus ex eo praeteritis, qui erant in potestate retenti, admittuntur; absurdum enim est, quum patri praeterito jungantur, instituto vel exheredato non admitti. — Sed et si patruus eorum, qui erant in potestate, sit praeteritus, pater exheredatus, debent nepotes admitti (d. h. auch wenn ſie inſtituirt ſind, erhalten ſie die abgeleitete c. t.); nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Die Frage iſt, ob nun die nepotes den ganzen Erbtheil bekommen, oder ob trotz der Exheredation des Sohns nur die Hälfte? Gerade weil dieſer pro mortuo galt, ſcheint mir Erſteres das Richtige, und das findet darin Unterſtützung, daß doch die nepotes, ehe die Emancipirten zur c. t. admittirt wurden, den vollen Anſpruch auf die c. t., als Accrescenzerben, gehabt hatten. So konnte ſich, als man nun den emancipatus ihnen vorgezogen hatte, vielleicht auch ſchon vor der nova clausula, dieſer merkwürdige Satz bilden, daß im Fall der Exheredation der Sohn als nicht vorhanden anzuſehen ſei, und mithin ihrem Recht auf die c. t. als wahren Accrescenzerben nicht entgegenſtehe. ſ. auch noch fr. 1. §. 8. de b. p. c. t.

15) Fr. 13. §. 2. de b. p. c. t.

Digitized by

las bonorum possessione patruo sextantem, patri unciam ablaturum.

4. Rücksichtlich der weiteren Sätze dieses Institutes, namentlich das eigenthümliche Collationsrecht und die Verpflichtung zur Prästirung der Legate, verweise ich auf die deutliche Darstellung der Quellen in **fr. 1. §. 13.** bis zu Ende des Titels **de conjungendis cum emancipato liberis.**

VII. Die Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p.

§. 88. Alles Notherbenrecht zerfällt stets in zwei Fragen, erstlich wie die berechtigten Personen, die Notherben, zu berücksichtigen sind, und zweitens was die Wirkung ihrer Nichtberücksichtigung ist. Nach der ersten dieser beiden Fragen, (also nach den Ursachen) zerfällt das gesammte Notherbenrecht in zwei Haupttheile, das materielle, wonach die Berücksichtigungspflicht in der Hinterlassung eines materiellen Vermögensstückes (Pflichttheil) besteht, und das formelle, wonach dem Erblasser nur eine formelle Erwähnung des Notherben in Bezug auf die directe Universalsuccession, also entweder die Institution oder Exheredation obliegt. Bekanntlich gehören das alt-civile und das Prätorische Notherbenrecht in diese letztere Klasse, und wenn ich nun von der c. t. b. p. hier eine Darstellung hätte geben wollen, wie sie in einem Lehrbuche zu liefern ist, so würde die Frage von den formellen Berücksichtigungsvorschriften des Prätors gleich den ersten Platz in diesem Kapitel haben einnehmen müssen. Der Zweck unserer Untersuchung aber, und die bisherigen Beweisführungen werden es rechtfertigen, daß ich einen anderen Gang nehmen, und die Darstellung der zur c. t. berechtigten Personen gleich mit der Untersuchung über die Wirkungen ihres Notherbenrechtes verweben mußte. Nur nebenbei war bereits Einzelnes über die Berücksichtigungsvorschriften zu erwähnen. Jetzt aber ist die Frage in ihrer Gesammtheit zu überschauen.

Die c. t. b. p. legt also, wie das Civilrecht, dem Erblasser die Pflicht auf, seine **liberi** entweder zu *instituiren* oder zu *exherediren* [1]); fehlt eins von Beiden, so liegt eine

1) Fr. 3. §. 10. u. 11. fr. 8. pr. de b. p. c. t.

Digitized by Google

Präterition vor, deren Wirkungen auch an und für sich nicht durch Hinterlassung eines Vermächtnisses verhindert werden können, während allerdings die Annahme eines solchen Vermächtnisses von Seiten der Notherben die Berufung auf seine Präterition ausschließt. (§. 83. Note 6) [2]).

Diese alternative Pflicht der Institution oder Exheredation ist indessen noch genaueren Regeln unterworfen, und zwar von dreierlei Art. Wo sie am vollständigsten besteht, muß die Institution oder Exheredation **nominatim, pure** und **für alle Grade** angeordnet sein. Die Institution ist natürlich immer eine namentliche. In wie weit die Exheredation nach den Regeln der **c. t. b. p. nominatim** geschehen müsse, ist theils im Obigen bereits besprochen worden, theils können wir auf den genaueren Zusammenhang der Prätorischen Regeln mit denen des Civilrechts erst im folgenden Kapitel eingehen. Es bleiben uns also hier nur die andern beiden Punkte zu untersuchen übrig. Was wir hier gewinnen werden, bestätigt von Neuem unser obiges Resultat, daß die **c. t. b. p.** vorzugsweise ein Recht der Accrescenzerben war, und dadurch ihre Gestaltung erhalten hat, während die Emancipirten nur nebenbei hinzugezogen wurden, und die **filii** und **postumi sui** in das Gebiet der wahren **c. t.** gar nicht gehören.

1. **Die bedingten Einsetzungen und Enterbungen.** — Betrachten wir zuerst die Institutionen. Was neuerdings darüber gelehrt wird, scheint mir noch keineswegs richtig zu sein. Ich will es in den Worten des neusten Schriftstellers [3]) mittheilen. „In Ansehung der bedingten Erbeinsetzungen, sagt Mühlenbruch, weicht der Prätor von den Grund-

---

2) **Fr. 27. §. 12. ad SC. Trebell.** sagt nicht, daß der Präterirte, auch wenn er **c. t. b. p.** erbitte, (**quamvis filius c. t. b. p. accipere possit**) den **heres** zur Antretung der Erbschaft, und zur Restitution des Universalfideicommisses zwingen könne, sondern nur: der **heres** dürfe die Antretung nicht weigern, aus dem Grunde, weil dem **filius** die **c. t.** deferirt sei. Der Jurist setzt stillschweigend dabei voraus, daß, wenn der **filius** den **heres** zur Antretung auffordert, ihm damit sein Recht auf die **c. t.** verloren geht. — s. auch **fr. 3. §. 15. de b. p. c. t.**

3) Mühlenbruch a. a. O. S. 76. s. auch Bluntschli S. 74.

Digitized by Google

sätzen des Civilrechts ab. Die Einsetzung des **suus heres** darf bekanntlich nur unter einer reinen Potestativbedingung geschehen. Die **c. t. b. p.** ist aber dadurch noch keineswegs begründet, daß der Notherbe unter einer rein zufälligen oder vermischten Bedingung eingesetzt ist. Da nämlich der eingesetzte Erbe aus einem solchen Testamente eine **sec. tab. b. p.** erhalten kann, so muß er sie auch annehmen, wenn er Erbe werden will, wenigstens so lange die Bedingung noch schwebt."

Hierin ist sowohl die Darstellung des civilen als des Prätorischen Rechtes nicht richtig. Der angegebene Grundsatz des Civilrechts bezieht sich keineswegs auf alle **sui heredes**, sondern nur auf den **filius** und die **postumi** [4]), also die, welche die nominelle **c. t. b. p.** haben. Der Prätorische Satz aber geht nur auf die, welchen die wahre **c. t.** zusteht, d. h. die Accrescenzerben und in Folge dessen auch die Emancipirten. Dieser Prätorische Satz ist aber gar nichts Neues, sondern lediglich die Anerkennung des für die Accrescenzerben schon geltenden Civilrechts. Also stehen beide Systeme hier gar nicht einander gegenüber, sondern ganz friedlich nebeneinander. Dies wird aus Folgendem hervorgehen.

Die Stellen, worin abgesehen von den **postumi** (s. No. 4) die Unzulässigkeit einer bedingten Institution erwähnt wird, reden lediglich vom **filius in potestate**. Die Römer bemessen diese Unzulässigkeit danach, ob die Erfüllung der Bedingung völlig in seiner Macht lag oder nicht. Die Hinzufügung einer solchen Potestativbedingung gilt als **pura institutio**, sobald nur der **filius** sie auch wirklich vor seinem Tode noch hat erfüllen können, denn sonst ist sie ja für ihn keine rein potestative gewesen, und das Testament des Vaters wird, wie bei jeder anderen Bedingung, mag sie casuell oder unmöglich oder unsittlich sein, vernichtet [5]). Es wird aber

---

4) Bei den **postumi** ist nur die Eigenthümlichkeit, daß, da sie ja erst später erscheinen, eine schon vorher eingetretene Bedingung nicht schadet. fr. 22. de lib. et post.

5) Fr. 16. de lib. et post. (African.) — — ipse **filius** intestato patri heres existat, sicut evenire solet, quum sub ea conditione, quae in ipsius potestate erit, filius heres institutus,

Digitized by Google

in den angeführten Stellen ausdrücklich bemerkt, daß die Hinzufügung einer nicht potestativen Bedingung das Testament des Vaters infirmirt und die Intestatsuccession eintritt, und es ist nicht daran zu denken, daß der Prätor hievon abgegangen sei. Vielmehr giebt er dem Sohn, wie überhaupt, wenn derselbe präterirt ist, die nominelle sich ganz nach den Grundsätzen des Civilrechts richtende c. t. b. p.

Ganz anders aber ist es bei den Accrescenzerben. Für sie besteht im Civilrecht gerade die umgekehrte Regel, sie können unter einer Bedingung instituirt werden.

> Fr. 4. pr. de her. inst. — **Suus quoque heres sub conditione institui potest, sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest; et quidem sub ea conditione, quae est in potestate ipsius, potest, de hoc enim inter omnes constat** [5a]).

Also für die sui, außer dem filius, d. h. die Accrescenzerben, gilt auch eine Einsetzung unter einer casuellen Bedingung. Es ist mithin offenbar schon nach Civilrecht auf den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung zu sehen. Einstweilen gelten sie als scripti heredes, und wenn die Bedingung erfüllt wurde, so blieb das auch völlig unverändert. Nur wenn sie wegfiel, so waren sie ja nun nicht instituirt, und es trat ihr Accrescenzerbrecht ein, wonach sie als fingirt scripti heredes gelten. Der Prätor führte aber die c. t.

---

priusquam ei pareret moriatur Fr. 15. de cond. inst. — Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si condito non esset in ejus potestate. fr. 28. eod. Alles wird hier also lediglich nach dem Gesichtspunkte beurtheilt, ob die conditio in potestate des filius sei oder nicht, und in letzterem Fall ist der Sohn nicht recht instituirt, wenn auch bei anderen Personen eine solche Bedingung (wie die unmöglichen und unsittlichen) als non scripta angesehen wird. (Uebrigens waren in Bezug auf die potestativen nicht erfüllten Bedingungen die Juristen verschiedener Meinung. fr. 4. pr. de her. inst.)

S. auch fr. 1. §. 8. de suis et legit. — »si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni institutus.«

Digitized by Google

b. p. zur Verbesserung ihres Accrescenzerbrechtes ein, also verstand es sich von selbst, daß nur wo Letzteres eintrat, auch jene gegeben wurde. Es ist ganz derselbe Satz, wenn der Prätor ihnen im Anfang sec. tab. bon. poss. giebt, diese aber beim Wegfallen der Bedingung als eine c. t. gelten läßt, deren Frist ja schon abgelaufen war, als die sec. tab. agnoscirt wurde.

Dieser vom civilen Recht der Accrescenzerben entnommene Satz wurde dann erklärlicher Weise ganz unverändert auf die emancipati übertragen, während er, wenn die c. t. für die Emancipirten eingeführt wäre, sich wohl nie würde gebildet haben. Von dem Emancipirten handeln nun aber, in Folge der l. 4. C. de lib. praeter., lediglich die uns aufbewahrten Pandektenfragmente:

> **Fr. 3. §. 13. de b. p. c. t. — Si sub ea conditione filius emancipatus heres sit institutus, quae in ipsius potestate non est; quia scriptus heres est, b. p. sec. tab. accipere potest et debet, nec c. t. potest; et si forte defecerit conditio, tuendus erit a Praetore in tantum, quantum ferret, si c. t. b. p. accepisset** [6]).

---

6) Fr. 3. §. 12. eod. wird mit Recht von dem Falle erklärt, wenn die Bedingung schon vor der Agnition irgend einer b. p. weggefallen war. Mühlenbruch a. a. O. S. 77. Denselben Sinn haben die Worte in fr. 8. §. 5. eod. — Sed et si defecerit conditio institutionis, adhuc tantundem dicit, praeteritum ab eo gradu filium c. t. b. p. petiturum, d. h. wenn die Bedingung der Institution weggefallen ist, so erscheint nun der filius als präterirt, und kann die b. p. nachsuchen. — Auch fr. 5. pr. de b. p. sec. tab. erregt keine Schwierigkeiten. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Wenn man das attamen in der Mitte des Satzes hart findet (s. übrigens z. B. fr. 17. de inj. rupto. fr. 12. pr. eod.), so könnte man auch durch Veränderung des nam in: jam helfen. Danach würde so interpungirt werden: utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus, jam si „und nun," ebenso wie man auch jam ut gebraucht) defecerit conditio. Attamen etc. Dabei setze ich freilich voraus, daß: si, und nicht: etsi die richtige Lesart sei.

Digitized by Google

Das Resultat des Gesagten ist, daß die Regel über bedingte Einsetzungen, welche wir im Prätorischen Rechte, aber gar nicht als eine originelle, finden, sich lediglich auf die Prätorischen, nicht aber die civilen Notherben bezieht. Und dem steht auch das oft besprochene fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. durchaus nicht entgegen.

> **Si sub conditione heres institutus filius sit, Julianus peraeque putavit, secundum tabulas competere ei, quasi scripto, bonorum possessionem, qualis-qualis conditio sit, etiamsi haec: si navis ex Asia venerit. Et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas, tueri debebit, ac si contra tabulas acceperit: quae tuitio ei, qui emancipatus est, necessaria est.**

Man könnte aus dieser Stelle folgendermaßen argumentiren: Ulpian spreche hier allgemein vom **filius**, also vom **suus** so gut, wie vom **emancipatus**. Mithin wurde auch Ersterem die b. p. zuerst **secundum tabulas** gegeben, und dann mit Wegfallen der Bedingung als eine c. t. behandelt, indeß sei dem **suus** diese c. t. nur eine **utilis**, während sie dem **emancipatus necessaria** sei. — Aber diese Schlußfolgerung, wenn auch an sich möglich, müßte, um richtig zu sein, mit den übrigen Aussprüchen der Quellen übereinstimmen und daraus bewiesen werden können, oder es müßte dies die einzig denkbare Schlußfolgerung sein, welche die Stelle zuließe. Keins von Beidem ist aber der Fall. Ersteres nicht, denn wir haben eben gesehen, daß, wenn der **filius suus** unter einer casuellen Bedingung eingesetzt ist, dies der Präterition gleich, also das Testament für völlig nichtig gilt und die Intestatsuccession eintritt. Da wir aber so entschieden wissen, daß der Prätor dem präterirten Hausſohn in der nominellen c. t. sein Civilrecht vollkommen anerkannt habe, und da nicht der geringste Grund und Beweis vorliegt, hier sei eine besondere Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht worden, so bleiben wir eben einfach bei der letzteren. Wenn ein Hausſohn unter einer anderen als einer Potestativbedingung eingesetzt ist, so macht er dadurch, wie die Quellen so ganz entschieden und

Digitized by Google

oft aussprechen, seinen Vater zum **intestatus**, er hat also gleich die **b. p. unde liberi**, und der Prätor kann ihn unmöglich zwingen, einstweilen, so lange die Bedingung noch schwebt, **secundum tabulas** zu agnosciren [7]).

Ferner aber zwingt uns auch unsere Stelle in keiner Weise zu der angegebenen Schlußfolgerung. Es ist gar nicht nöthig anzunehmen, daß zuerst allgemein von allen **filii** die Rede war, und zuletzt nur noch der **emancipatus** besonders hervorgehoben wird. Die Römischen Juristen sprechen sehr häufig von einem **filius**, und erst hinterdrein sieht man, daß sie lediglich einen **emancipatus** im Sinn hatten [8]). So wird auch Julian nur von dem Letzteren gesprochen haben, und wenn dann Ulpian dies am Ende der Stelle noch besonders hervorhebt, so liegt darin allerdings eine Hindeutung auf das entgegengesetzte Recht des **filius suus**, aber in ganz anderer Weise. Die Römer kennen nämlich gar nicht den in neueren Zeiten so beliebten Gegensatz von **b. p. necessaria** und **utilis**. Wenn daher Ulpian hier sagt, die Schützung des **sec. t. b. possessor** als **c. t. b. possessor** sei nothwendig, so heißt das nur, der **emancipatus** würde, wenn das nicht geschähe, auf unbillige Weise von der Erbschaft entfernt werden. Für den **filius suus** ist daraus nur der Rückschluß zu ziehen, bei ihm sei die ganze Sache nicht nöthig, da er andere Wege hat, zur Erbschaft zu gelangen [9]). Es folgt also gar nicht, daß Ulpian den unter

---

7) Der ganze Grund, auf den sich der Jurist in jenem fr. 3 §. 13. cit. stützt, paßt denn auch in keinerlei Weise auf den Hausſohn: quia scriptus heres est, (das Testament ist ja ungültig, also ist er nicht testamentarischer Civilerbe) b. p. sec. tabulas accipere potest et debet. (Aus einem von vorn herein ungültigen Testament wird auch keine sec. tab. gegeben, es kann also Niemand dazu nun gar dennoch verpflichtet sein.) Dagegen für Accrescenzerben und Emancipirte paßt Alles vollkommen. Und der Jurist hebt auch ausdrücklich Beide hervor, indem er zu dem §. 13, worin vom emancipatus die Rede ist, gleich hinzusetzt §. 14: Sed etsi nepos sub hujusmodi conditione scriptus sit heres, idem erit dicendum.

8) Z. B. fr. 2. de exc. rei jud. Es erklärt sich dies leicht daraus, daß so häufig die Fragmente aus dem ursprünglichen Zusammenhange gerissen wurden.

9) Ganz ähnlich wie in dem §. 76. erklärten fr. 4. §. 3. de c. t. b. p

Digitized by Google

einer Bedingung eingesetzten fil. suus hier als secundum tab. b. possessor voraussetzte. Da er gleich von vorn herein die hered. aditio ab intest. [10]) oder die b. p. unde liberi erwählen kann, so bleiben dem gegenüber Ulpians Worte ebenso wahr, wenn er vom emancipatus sagt, daß ihm, da er gezwungen ist, die sec. tab. zu agnosciren (Note 7.), jener Prätorische Schutz ein nothwendiger sei.

Indessen können wir auch gern zugeben, daß Ulpian sich den filius suus als sec. tab. b. possessor gedacht habe. Wenn freilich das Testament nach strengem Recht ungültig ist, so war doch kein Bedenken, daß, sobald er sich als testamentarischen Erben ansehen will, der Prätor ihn von der sec. tab. nicht zurücktreibt [11]). Wir werden nachher sehen, daß den Sohn hiezu ein besonderes Interesse treiben konnte. Jedenfalls besteht der Unterschied, daß der emancipatus, so lange die Bedingung schwebt, die sec. tab. agnosciren muß, während es beim suus nur dessen freier Wille ist. Auch unter dieser Voraussetzung passen aber Ulpians Worte vollkommen. Der suus gilt dauernd als testamentarischer Erbe, sobald die Bedingung eintritt, fällt sie aber weg, so kann er entschieden noch sein Notherbenrecht geltend machen, auf welches er ja nur zu Gunsten des Testaments verzichtet hatte. Aber nun braucht ihm seine sec. tab. nicht als c. t. angesehen zu werden, denn er kann unter der her. aditio oder b. p. unde liberi wählen. Also nur für den emancipatus, dem die Frist der c. t. verstrichen war, ist jene eigenthümliche tuitio Praetoris necessaria.

§. 89. Der hiermit gewonnene Satz, daß man bei der Frage über die bedingten Einsetzungen genau die civilen und Prätorischen Notherben zu scheiden habe, wird nun noch voll-

---

10) Dies bestätigt entschieden l. 4. C. de instit. et subst. (v. Alexander im Jahr 225.).

11) Läßt doch der Prätor, wenn der fil. suus praeteritus abstinirt, die fremden Eingesetzten zur sec. tab. b. p. (fr. 17. de inj. rupt. — licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur), wie viel mehr wird er ihn selbst nicht zurückgewiesen haben.

Digitized by

ſtändig beſtätigt durch ein Fragment, das ſchon im vorigen § beiläufig (Note 6.) erwähnt wurde, aber zu wichtig ſcheint, als daß ich hier nicht noch eine vollſtändigere Interpretation deſſelben geben müßte.

> **Fr. 5. de b. p. sec. tab. (Ulp.) — Si sub conditione heres quis institutus sit, et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit ut res possessori concedenda sit,**

d. h. trotz dem, daß mit dem Wegfallen der Bedingung an und für ſich auch die **b. p. deficit**, oder als **non data** erſcheinen müßte, ſo bleibt dennoch das Vermögen beim **b. possessor**, alſo er behält eine **b. p. cum re**;

> **utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam et si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bon. possessionem eum accipere Julianus scribit.**

Mag man hier interpungiren wie man will, *ſo iſt jedenfalls* der Sinn derſelbe, als in dem den Julian *ebenfalls citi*renden **fr. 2. §. 1. de b. p. s. t.** Es wird dem **emancipatus**, obgleich die Möglichkeit vorhanden iſt, die Bedingung werde deficiren, ſtets eine **sec. tab. b. p.** gegeben, und dieſe iſt immer **cum re**, indem ſie, wenn die Bedingung wegfällt, als eine **c. t.** angeſehen wird. — Aber Ulpian fährt folgendermaßen fort:

> **Sed si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit, et hoc jure utimur.**

Ulpian ſetzt hier dem **filius emancipatus** denjenigen entgegen, welcher nach dem Wegfallen der Bedingung eine **b. p. ab intestato** agnosciren würde. Er kann damit Niemanden anders meinen, als einen **filius** oder **postumus suus**, welche ja ſchon gleich anfangs die Inteſtatſucceſſion, ſobald ſie unter einer nicht-poteſtativen Bedingung eingeſetzt ſind, eröffnen konnten. Wenn ſie ſich auch einſtweilen dieſes Rechtes durch Agnition der **sec. tab. b. p.** begeben haben (aus welchem Grunde, werden wir gleich ſehen), ſo müſſen ſie es doch nun jedenfalls mit dem Wegfallen der Bedingung geltend machen dürfen. Beide alſo, der **filius emancipatus** wie der

Digitized by Google

filius suus, nimmt Ulpian an, erhalten mit der agnoscirten sec. tab. sogleich eine b. p. cum re (res eis concedenda est), und brauchen keine weitere b. p. mehr zu agnosciren; der emancipatus, weil seine sec. tab. als contra tab. fingirt wird, und er letztere ja gar nicht mehr erbitten kann; der suus, weil er doch gleich die b. p. unde liberi agnosciren würde, und eine solche bloß formelle Wiederholung der Agnition nicht nöthig ist. Da aber die erbetene b. p. jetzt auf ganz anderen Voraussetzungen als auf der testamentarischen Institution ruht, so muß auch das ganze Schicksal der Succession ein anderes werden, als wenn es eine wahre sec. tab. geblieben wäre. Und das erörtert Ulpian im Folgenden:

> Videndum an legata ab eis debeantur? Et filius quidem, quasi contra tab. b. possessione accepta rem habere videtur, ceteri vero quasi ab intestato.

Unter dem filius ist offenbar der emancipatus, von dem schon bisher die Rede war, verstanden; und ihm soll, wie ja Ulpian auch in dem oben erörterten fr. 2. §. 1. de b. p. sec. tab. sagt, die agnoscirte b. p. als eine c. t. gelten; dagegen unter den ceteri, für welche sie als eine b. p. ab intestato erscheint, müssen nothwendig die verstanden werden, welche Ulpian vorher als ii, qui ab intestato bon. possessores futuri essent, bezeichnet hat, d. h. der filius und die postumi sui. Ulpians Ansicht ist also, daß die, welche wegen ihrer bedingten Institution sogleich Intestaterbfolge hätten eröffnen können, aber doch sec. tab. agnoscirten, nun wenigstens mit dem Wegfallen der Bedingung nach den Regeln der b. p. unde liberi, ohne nochmalige Agnition, succediren. Sie brauchen also gar keine Legate zu bezahlen, während der emancipatus nach den Regeln der c. t. die conjunctae personae befriedigen muß:

> et ideo liberis parentibusque legata relicta solis praestare cogetur, ceteris non.

Mir scheint diese Lesart verderbt, da der Zusatz ceteris non gänzlich überflüssig sein würde, indem vorher schon durch solis vollkommen dasselbe gesagt ist. Dagegen fehlt offenbar die Entscheidung, wie in dem dem Emancipatus entgegengesetzten

Digitized by Google

Falle die Legate zu präſtiren ſeien, während doch der Juriſt unterſuchen will, wie es ſich in beiden Fällen mit den Legaten verhalte (**videndum an legata ab eis debeantur**). Man kann daher wohl ziemlich unbedenklich das **ceteris** in **ceteri** verwandeln, ſo daß nun hier derſelbe Gegenſatz zwiſchen dem **filius** und den **ceteri**, wie im voraufgehenden Satze, hergeſtellt iſt.

Zuletzt folgt nur noch ein Punkt, in welchem der **filius** und die **ceteri** ſich wiederum gleichſtehen; nämlich ein für den Fall der Inteſtatſucceſſion hinterlaſſenes Fideicommiß muß von Beiden in jedem Falle präſtirt werden:

> **Plane ei cui ab intestato fideicommissum relictum est; erit praestandum, quasi videatur hoc ipso fraudatus, quod ex testamento petita sit b. p.**

Die ganze Stelle iſt aus Ulpians Disputationen, es wird alſo ein Fall aus dem Leben gerade über ein ſolches Inteſtatfideicommiß die ganze Erörterung hervorgerufen haben. Ulpian ſchließt nun mit der aus dem Bisherigen ſich von ſelbſt ergebenden Antwort, daß daſſelbe jedenfalls gezahlt werden müſſe. — Zugleich dient uns dieſer Schluß zur Erklärung, aus welchem Grunde ein **filius suus**, wenn er gleich **ab intestato** ſuccediren konnte, es aus eigenem Intereſſe vorzog, die **sec. tab.** zu agnosciren. Er hoffte dadurch dem Inteſtatfideicommiß zu entgehen. Aber Ulpian erklärt ſich um ſo mehr dagegen, weil darin eine **fraus** gegen den Honorirten liege.

§. 90. Soviel von den bedingten Inſtitutionen. Haben wir bei dieſen gefunden, daß der Prätor ſich ganz an die Regeln des Civilrechts angelehnt habe, ſo iſt es ſchon dadurch wahrſcheinlich, daß er es auch bei den Exheredationen ebenſo gemacht haben werde. Gewißheit hiefür läßt ſich freilich aus den Quellen nicht entnehmen, wohl aber doch mancherlei Hindeutungen, und jedenfalls findet ſich durchaus nichts dieſer Annahme Widerſprechendes.

Daß der **filius in potestate**, dem auch die **postumi** wieder gleichſtehen, unter einer Bedingung ebenſowenig exheredirt wie inſtituirt werden kann, verſteht ſich von ſelbſt, und wird

Digitized by Google

auch durch die Quellen ausdrücklich bestätigt [1]). Wie es aber mit den Accrescenzerben nach Civilrecht stand, wissen wir nicht, und so erhebt sich die Frage, ob bei ihnen die Exheredation ebenso wie die Institution behandelt wurde, oder nicht.

Ich glaube das Letztere, also auch schon nach Civilrecht konnten, scheint mir, die Accrescenzerben nicht unter einer Bedingung exheredirt werden. Aus folgenden Gründen:

Zuerst ergiebt schon das Wesen des Accrescenzerbrechts, daß man die Exheredation der Institution nicht gleichstellen konnte. Es ruht auf der Fiction des Instituirtseins. Deßhalb mußte man, wenn der Accrescenzerbe wirklich, aber unter einer Bedingung, instituirt war, doch nothwendig sagen, daß, so lange nicht die Bedingung wegfalle, er wahrhaft als **institutus** gelte, und erst, wo die Wirklichkeit zusammenfalle, die Fiction an die Stelle treten könne. Dagegen bei einer bedingten Exheredation hätte man entweder sagen müssen, das Accrescenzerbrecht sei noch einstweilen ganz suspendirt, und und trete erst mit dem Wegfallen jener Bedingung ein; oder man mußte es umgekehrt einstweilen gleich gelten dann aber später mit dem Eintreten der Bedingung wieder wegfallen lassen. Der allgemeine Gesichtspunkt aber, daß das Notherbenrecht wo möglich auf das **mortis tempus** zu reduciren ist, führte dazu, daß man das Letztere wählte, also den Accrescenzerben, da er doch nicht entschieden exheredirt war, sogleich als fingirten **scriptus heres** annahm. That man aber dies, so hatte nun die der Exheredation hinzugefügte Bedingung für ihn den Charakter der Resolutivbedingung, der man nach bekannten Grundsätzen keine Wirkung einer späteren Hinwegräumung des Erben zugestehen konnte.

Was hiernach sich schon sehr einfach aus dem Wesen des Accrescenzerbrechtes entwickelte, stimmte vollkommen überein mit einem allgemeinen Princip, welches die Römer enschieden bei den Exheredationen im Gegensatz der Institution befolgten. Es wird uns dies in **fr. 19. de lib. et post.**, wenngleich darin vom **filius exheredatus** die Rede ist, doch als eine offenbar nicht bloß bei diesem befolgte Regel mitgetheilt:

---

1) **Fr. 3. §. 1. de lib et post.**

Digitized by

(Scaevola) in disputando adjiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse jussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adjuvandae.

Der allgemeine favor testamentorum führte darauf, daß allerdings der Accrescenzerbe, wenn er instituirt wurde, einstweilen sich, bis die Bedingung wegfalle, lediglich auf die Institution berufen solle. Dagegen Exheredationen sind nicht zu begünstigen, der Testator soll wenigstens klar und ohne Unbestimmtheiten die Ausschließung, die er freilich anordnen darf, aussprechen. Danach mußte eine bedingte Exheredation der völligen Präterition gleich geachtet werden.

Ganz dasselbe Princip aber ist es, worauf wir im Prätorischen Recht die Regel gestützt finden.

Fr. 18. de b. p. c. t. — Sed sub conditione exheredatus c. t. b. p. petet, licet sub conditione heres institutus a c. t. b. p. excludatur [2]), certo enim judicio liberi a parentum successione removendi sunt.

Hiemit ist offenbar ganz dasselbe gesagt, als was Scävola in der vorhergehenden Stelle ausspricht, und so können wir denn auch annehmen, daß der Prätor ebenso wie bei den Ein-

---

2) Hermogonian will damit nicht sagen, daß ein sub conditione Instituirter gar nicht zur c. t. gelangen könne, denn wenn die Bedingung schon weggefallen war, so konnte jene ja gleich agnoscirt werden, fiel sie aber erst später weg, so wurde die sec. tab. als contra tab. behandelt. — Der Jurist will nur, wie auch in jenem fr. 19. geschieht, die beiden verschiedenen Grundsätze, die also gleichmäßig das civile wie das Prätorische Recht anerkennt, einander gegenüber stellen: daß eine bedingte Institution einstweilen als wahre Institution gilt, während eine bedingte Exheredation überhaupt gar keine Exheredation ist. — Deßhalb ist es auch wohl richtiger, wie Mühlenbruch S. 84. gegen Francke S. 131. bemerkt, daß, wenn die Bedingung auch noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten war, die Exheredation dadurch nichts an Kraft gewann. Es kommt nicht auf den Effect an, sondern der Grund ist die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung, die der Testator sich nicht zu Schulden kommen lassen darf.

Digitized by Google

setzungen, so auch bei den bedingten Enterbungen seine Grundsätze unverändert aus dem civilen Rechte der Accrescenzerben geschöpft habe.

§. 91. — 2. Die Berücksichtigung der Notherben in allen Graden. Wenn der Testator in seinem Testamente mehre Grade hintereinander gestellt hat, so muß nach einem bekannten Satze des Civilrechts, den auch der Prätor entschieden befolgt [1]), der Notherbe in jedem derselben gehörig berücksichtigt, also entweder instituirt oder exheredirt werden. Daher kommt es bei der **c. t. b. p.** immer darauf an, aus welchem Grade die testamentarische Erbschaft deferirt werde, indem es nach der in diesem enthaltenen oder nicht enthaltenen Präterition sich richtet, ob die **c. t.** begründet sei oder nicht.

Dies ist aber doch nicht ganz so einfach, wie es auf den ersten Blick scheint. Wir wollen zuerst sehen, was aus den bisher nachgewiesenen Principien der **c. t.** mit Consequenz folgt, wir werden aber alsdann finden, daß dies auch durch die Aussprüche der Quellen vollkommen bestätigt wird.

Die **c. t.** setzt ein gültiges Testament voraus. Dies heißt aber nicht bloß soviel, daß kein Mangel der **testamenti factio**, kein Formfehler, keine spätere **cap. dim.** des Testators oder Errichtung eines neuen Testamentes vorliegen dürfe. Durch die Nichtantretung von Seiten des **scriptus heres** wird das Testament ebenfalls ungültig, also giebt es dann auch keine **c. t. b. p.** gegen dasselbe. Ich habe nun die Bedeutung der **her. aditio** des **scriptus (extraneus)** für die **c. t.** oben schon untersucht (§. 83. am Ende); es ist durchaus nicht nöthig, daß sie schon vorliege, aber sie muß möglich sein, ist aber, so lange diese Möglichkeit vorlag, die **c. t.** einmal agnoscirt, so kommt es nun auf die wirkliche Vornahme derselben gar nicht mehr an, einerlei, ob die **heredes** nicht weiter antreten wollten, oder auch sogar nicht konnten.

Wenden wir diese Sätze auf ein Testament an, welches mehre Grade enthält, deren jeder ja gewissermaßen ein eigenes Testament bildet. Offenbar nämlich muß alles Gesagte nun

1) Fr. 8. §. 1. 3 u. 4. de b. p. c. t.

Dieſe Legate aber, die auf dem Grade laſten, durch welchen die c. t. begründet iſt, müſſen bezahlt werden, mögen die **scripti heredes** die **her. aditio** vornehmen oder unterlaſſen [6]), denn nach Agnition der c. t. kommt es ja auf den Civilerben gar nicht mehr an. Und daraus folgt auch, daß hieran nichts verändert wird, ſelbſt wenn nach Ausſchlagung des erſten Grades, welcher die Urſache der c. t. iſt, die Erben des zweiten Grades die **her. ad.** vorgenommen haben [7]). Wir können alſo überhaupt ſagen, das Nichtwollen der Antretung von Seiten der **scripti heredes** verändert an der Verpflichtung zur Legatenzahlung nichts. Anders aber behandelten die Römer das ſpätere Nichtkönnen, alſo ſolche Fälle, wovon in dem eben erörterten **fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.** drei Beiſpiele angegeben ſind. Wenn gleich in dieſen Fällen die **semel nata b. p.** an ſich nicht afficirt wird, ſo verändert ſich doch ganz die Legatenzahlung; die ſpätere Unmöglichkeit der Antretung wirkt noch ſoweit ein, daß die auf dieſen Grad gelegten Legate auch an die **conjunctae personae** ungültig werden, denn was für die Perſon des Eingeſetzten gar keine Möglichkeit der Geltung hat, dazu kann auch der **c. t. b. possessor** nicht verpflichtet ſein [8]). Dieſe wichtige Einſchränkung der für **conj. pers.** conſervirten Legate haben wir bei der obigen Darſtellung ihres Rechtes einſtweilen übergehen müſſen (ſ. §. 84. Note 1.); ſie wird uns für zwei von den in fr. 8. §. 5. cit. angeführten Beiſpielen ausdrücklich beſtätigt, nämlich wenn die Inſtituirten ſpäter geſtorben ſind, und wenn die

---

(dies ſind die eben angeführten Worte), zweitens Keiner aus beiden Graden lebt, (dann werden gar keine Legate präſtirt. S. §. 83. Note 13.). Offenbar enthalten nun dieſe beiden Fälle noch gar nicht das, was Ulpian zeigen will. Er führt ſie nur zur Vergleichung mit dem dritten Falle an, der, wie wir gleich ſehen werden (Note 9.), wirklich das enthält, was Ulpian vorher ankündigt.

6) Fr. 11. eod.

7) Fr. 12. eod. (Ulp.) — **sive autem omiserint instituti, sive non omiserint, dicendum est, legata quae ab ipsis relicta sunt, praestanda, quamvis secundo gradu instituti, omittentibus iis, adierint hereditatem.**

8) Fr. 3. §. 7. de legat. praest. — **Ea autem legata sola praestant, qui c. t. b. p. accipiunt, quae utiliter data sunt.**

Digitized by Google

Bedingung ihrer Institution hinwegfällt [9]). Wir können also nicht wohl zweifeln, daß überhaupt alle Fälle der späteren Unmöglichkeit der Antretung hieher gehören, mithin lediglich wenn der **scriptus heres** nicht antreten *wollte*, die Legate an die **conjunctae personae** zu zahlen sind, und zu Letzterem rechneten die Römer auch den Fall, wenn der **heres** nur unter einer Potestativbedingung eingesetzt war, denn die Nichterfüllung derselben steht offenbar dem reinen Nicht-Wollen bei der **pura institutio** ganz gleich [10]).

Diese Scheidung des Nichtkönnens und Nichtwollens scheint mir unverkennbar eine ganz allgemeine Regel für die Zahlung der Legate an die **conjunctae personae**, mag nun dem Grade, gegen welchen die **c. t. nata** ist, noch ein anderer folgen oder nicht; denn der juristische Grund derselben ist ja gar nicht das Existiren dieses späteren Grades, sondern lediglich die consequente Folgerung aus dem Wesen der **c. t. b. p.** — Diese setzt ein gültiges Testament voraus. Für den **b. possessor** ist dies freilich nur nöthig zu der Zeit, wo überhaupt sein Recht juristisch begründet wird, also **mortis tempore**. Damit aber die **conjunctae pers.** die Legate, welche sie eigentlich **vom scriptus heres** zu fordern haben, nun auch vom **b. possessor** verlangen können, als von einem an die Stelle des **scriptus heres** Gesetzten [11]), dazu gehört auch noch ferner,

---

9) **Fr. 10. §. 2. in fin. de legat. praest.** — quodsi post mortem testatoris, ante aditam hereditatem *instituti decesserint*, contra ipsos quidem videri petitum (Hal. petitam, d. h. die c. t. ist allerdings gegen diesen Grad semel nata, und es kommt auf den späteren Tod der Instituirten nicht weiter an), *veruntamen ab iis relicta legata non esse praestanda*, sed quae a substitutis relicta sunt. — **Fr. 13. eod.** (Tryph.). — Item a substituto legata deberi dicimus, si *institutus conditione defectus esset*, quae in ipsius potestate non fuit.

10) Das fr. 13. cit. (in der vorhergehenden Note) fährt fort: nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, *qui noluit adire hereditatem*, quando nihil habiturus emolumenti conditioni merito non paruerit.

11) Der b. possessor haftet auch sogar mit der utilis actio, wenn die legirte Sache durch den dolus des scriptus heres, der die Erbschaft angetreten hatte, untergegangen war. fr. 17. de legat. praest. —

Digitized by Google

daß nicht ein Grund vorliege, welcher, ohne Dazwischenkunft der c. t. b. p., selbst gegen den Willen des heres die testamentarische Succession zur Unmöglichkeit gemacht haben würde. Die Aufrechthaltung der Legate an conj. pers. ist ja überhaupt nur eine Anomalie gegen die allgemeinen Regeln der c. t., also sollen sie doch dadurch auch kein reines lucrum haben, und die Legate nicht dann fordern können, wenn diese auch sonst wegen Unmöglichkeit der testamentarischen Succession vernichtet sein würden.

Erst so erklärt sich der andere Satz, den die in Note 9. angeführten Stellen auch noch enthalten, nämlich daß, wenn in der That hinter dem die c. t. erzeugenden Grade noch ein Grad vorhanden ist, der b. possessor die diesem letzteren an conjunctae personae aufgelegten Legate zu zahlen hat. Eine vage Billigkeit hat die Römer offenbar nicht zu diesem Resultate geführt, denn diese hätte doch noch viel eher zur Aufrechthaltung der Legate aus dem Grade geleitet, welcher die Ursache der c. t. war. Vielmehr liegt hier lediglich die Fortführung der bisher angegebenen Principien vor.

Wenn nämlich die Erben des Grades, der die c. t. erzeugte, die Erbschaft ausschlagen, und dadurch die civilrechtliche Delation der hereditas an die substituti veranlassen, so kann dies freilich im Rechte der c. t. keine Veränderung hervorrufen, denn die Agnition derselben hat ja die Wirkung, daß es auf die Vornahme oder Unterlassung der her. ad., also auch auf die directe Ausschlagung gar nicht mehr ankommt. Deßhalb sagen auch die Juristen ganz consequent, der b. possessor habe hier die im ersten Grade aufgelegten Legate an conjunctae personae zu zahlen (s. Note 4. 5. u. 6.). Dagegen wenn der institutus aus einem nach dem mortis tempus

---

Uebrigens wird auch bisweilen pietatis respectu das vom b. possessor zu prästirende Legat vollständiger aufgefaßt, als es der scriptus heres anzuerkennen hatte. fr. 46. pr. de usufr. Der Grund, den der Jurist in dieser Stelle nicht anführt, ist, daß sonst der c. t. b. possessor gewissermaßen ein legatum ususfructus erhielte, welches der Verstorbene doch nur der Person des heres zuwenden wollte, und das von einem gegen das Testament Auftretenden nicht ex voluntate defuncti in Anspruch genommen werden darf.

Digitized by Google

eintretenden Grunde nicht antreten kann, so wird dadurch dieser erste Grad vollkommen nichtig, und wenn dies auch für das Recht des c. t. b. possessor, welches mortis tempore geboren wird, keinen Einfluß mehr haben kann, so muß es diesen doch auf das Recht der Legatare äußern, denen gegenüber der c. t. b. possessor doch nichts, als ausnahmsweise Vertreter des scriptus heres ist. Der institutus war nun aber aus jenem besonderen Grunde weggefallen. Die hereditas wird also an die substituti deferirt. Daher kann der b. possessor nicht zu den dem institutus, sondern dem substitutus, welcher jetzt der scriptus heres ist, an conj. pers. aufgelegten Legate verpflichtet sein. Offenbar müssen wir nun aber auch in Beziehung auf diesen substitutus die allgemeinen Regeln anwenden, unter denen überhaupt nur dem b. possessor die Prästirung der Legate obliegt, d. h. auch für diesen substitutus muß die Möglichkeit der her. aditio vorliegen, und darf auch nicht durch einen nach dem mortis tempus eingetretenen Hinderungsgrund wieder weggefallen sein. Wogegen es für das Recht des b. possessor selbst auf alles dies, sowie auf die Frage, ob er von diesem zweiten Grade ebenfalls präterirt sei, durchaus nicht ankommt, denn seine b. p. war einmal aus dem ersten Grade nata, er hat die Universalsuccession ergriffen, und diese kann ihm nicht wieder genommen werden.

§. 92 Der Hauptsatz des vorigen § ist: die c. t. wird durch zwei Punkte begründet, erstlich daß der Prätorische Notherbe von dem Grade, dem kein anderer den Notherben ausschließender mehr vorangeht, präterirt sei, zweitens daß für die in diesem Grade Instituirten mortis tempore oder zu der Zeit, wo der vorhergehende Grad hinwegfällt, die volle civilrechtliche Möglichkeit vorhanden sei, die her. aditio vorzunehmen. Fehlt daher dies Letztere und es steht z. B. der fragliche Grad zwischen zwei anderen, in denen der Notherbe exheredirt ist, so wird die hereditas mit dem Wegfallen des ersten Grades gleich dem dritten deferirt, eine c. t. b. p. ist also in aller Weise undenkbar.

Nun aber erhebt sich die Frage, ob das Gesagte, welches

Digitized by Google

wir eben nur für Prätorische Notherben ausgesprochen haben, lediglich für diese, oder auch für die civilen Notherben gilt, denen die nominelle c. t. b. p. zusteht?

Es ist die allgemein herrschende Ansicht, daß dies zu bejahen sei [1]). Nach Civilrecht steht die Sache nämlich folgendermaßen: Die Nichtigkeit, welche der präterirte **postumus suus** hervorruft, ist eine andere, als beim **filius in potestate.** Wenn ein **postumus** im ersten Grade präterirt, im zweiten aber exheredirt ist, so fällt erst mit dem Erscheinen desselben der erste Grad vollkommen hinweg, es tritt nun aber nicht der zweite Grad, durch welchen der **postumus** ausgeschlossen sein würde, an die Stelle, sondern mit dem ersten Grade sind zugleich auch alle folgenden vernichtet, **quia rumpendo sibi locum facere postumus solet.** — Dagegen der **filius suus jam natus** macht den ersten Grad, von dem er präterirt ist, von Anfang an nichtig, ohne daß dies aber auf den folgenden Grad irgend einen Einfluß äußert, so daß, wenn er in diesem nicht präterirt ist, er vollkommen von der Erbschaft *ausgeschlossen* wird [2]). Es wird nun heutzutage als unzweifelhaft angenommen, daß, während das Recht der **postumi** unverändert bestehen geblieben sei [3]), das des schon geborenen Haussohns eine Umänderung durch die c. t. b. p. erfahren habe, indem diese ihm, sobald nur zur Todeszeit erbfähige **scripti heredes** vorhanden waren [4]), zustehe, und so gelange er denn zur Erbschaft, von der ihn das Civilrecht ausschließe.

Sind aber meine bisherigen Beweisführungen richtig, so fällt diese Annahme von selbst mit den übrigen bisher bekämpften Sätzen, indem auch gar nicht besondere Gründe für dieselbe von ihren Vertheidigern angeführt werden [5]). In den

---

1) Foerster l. c. p. 317. Mühlenbruch a. a. O. S. 86. — s. auch oben §. 72. Note 18.

2) Fr. 8. u. 14. pr. de lib. et post. fr. 3. §. 6. fr. 4. u. 5. de inj. rupt.

3) L. 1. C. de post. hered.

4) Diese Einschränkung mußte man wegen fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. nothwendig machen.

5) Mühlenbruch führt nur den an, daß doch aus einem solchen Testamente an sich eine sec. tab. erbeten werden könne, daher also auch

Digitized by Google

Stellen, woraus wir die Grundsätze des vorigen §. entnommen haben, ist von der wahren c. t. b. p. die Rede, was wir daraus sehen, daß die Juristen von der Prästirung der Legate an **conjunctae personae** sprechen, die ja ein Haussohn nicht anzuerkennen braucht. Also es sind nur Accrescenzerben und Emancipirte, die wir uns unter den c. t. b. possessores zu denken haben, und wenn in einzelnen Stellen, wie z. B. dem fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. kurzweg vom **filius** die Rede ist, so ist doch nicht minder sicher, daß darunter der Jurist nur den **emancipatus** verstanden haben kann, und ohne alle Undeutlichkeit verstehen durfte [6]). Wußte doch ein Jeder, daß die **filii in potestate** ganz **eo jure** vom Prätor gerufen werden, **quo vocantur ex jure civili**, und hatten doch dies die Juristen selbst bei der Erörterung der c. t. genügend voraus bemerkt.

Da durch Präterition des Sohns der erste Grad durchaus nichtig war, so ist die c. t., welche **contra lignum**, d. h. gegen ein an sich gültiges Testament geht, die daher die Möglichkeit der **her. aditio** voraussetzt, undenkbar. Der civile Notherbe war nun einmal in Folge der juristischen Consequenz, und in Folge seines an und für sich stärkeren Rechtes, in diesem Falle übler daran, als es die Prätorischen waren; aber ist das gleich ein Grund, anzunehmen, ohne daß irgend eine Andeutung in den Quellen vorliegt, der Prätor habe sich, um ihnen zu helfen, zu einer Inconsequenz, zu einem völligen Widerspruch verleiten lassen, der doch jedenfalls darin liegen würde, indem er ebendasselbe Testament für nichtig, und dennoch für formell gültig erklärt hätte? Und wenn er dies wirklich gethan, wenn er zugegeben hätte, er wolle aus dem nichtigen Grade eine c. t. verleihen, muß es nicht als durchaus sinnlos erscheinen, daß er dann noch darauf sähe, ob erb-

---

zur Verdrängung dieses zur sec. tab. Berechtigten die c. t. gegeben werden müsse. — Ich glaube nach meinen obigen Ausführungen hiergegen nichts weiter bemerken zu brauchen.

6) Ebenso sprechen auch umgekehrt die Römer vom **filius**, wo sie lediglich den **suus** meinen. Der Zusammenhang ergab das immer klar genug (so z. B. fr. 8. fr. 14. §. 1. de lib. et post.).

Digitized by

und antretungsfähige **scripti heredes** vorhanden seien oder nicht (s. Note 4.)? Wegen der Nichtigkeit des Grades kann ja eben keine **her. aditio** statt finden. Was einmal nichtig ist, kann nicht noch nichtiger werden. Wie sollte nun der Prätor dazu gekommen sein, dem Testamente seine Anerkennung zu entziehen, welches, wenn es nicht schon nichtig gewesen wäre, nichtig geworden sein würde, und nur das Testament gelten zu lassen (d. h. die c. t. gegen dasselbe gewähren), welches nur aus einem Grunde nichtig war [7])?

Man stößt hier auf Widersprüche, die ich für unauflöslich halte. Und doch ist gar kein Grund, und gar keine Andeutung vorhanden, daß die Römer sich auf diesen dornigten Pfad gewagt hätten, der mir zu etwas mit ihrem juristischen Gefühl so geradezu Unvereinbarem zu führen scheint, daß ein Römischer Jurist nicht einmal den Gedanken wird haben fassen können, hier wäre dem Hausſohn durch c. t. b. p. zu helfen.

Lernen wir nun die Aussprüche der Quellen selbst kennen. Von demselben Ulpian, der in **fr. 8. §. 5. de b. p. c. t.** allgemein vom **filius** spricht, aber offenbar nur den **emancipatus** meint, haben wir eine Stelle, die auch wieder vom **filius** spricht, aus der wir aber doch gleich sehen, daß vom Hausſohn die Rede ist.

> **Fr. 3. §. 6. de lib. et post. — Si ita testatus sit paterfamilias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret, Sabinus et Cassius et Julianus putant, peremto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere**

---

7) Der Satz des Civilrechts ist, daß, wenn das Testament als nicht vorhanden betrachtet wird, auch von keiner civilrechtlichen Adition die Rede sein kann. Eine Prätorische Agnition konnte der Prätor nun freilich wohl an die Stelle setzen, und das hat er auch in gewissen Fällen gethan. Aber daß er eine civilrechtliche Adition bei einem civilrechtlich nichtigen Testament angenommen hätte, ist in sich selbst ein directer Widerspruch, und diesen würde er sich in unserem Falle haben zu Schulden kommen lassen. Danach würde er, wenn erbfähige **scripti heredes** vorhanden waren, und aus dem nichtigen Grade antraten, diese auch für wahre civilrechtliche Erben haben ansehen müssen!

Digitized by Google

unde filius exheredatus est; quae sententia comprobata est.

Man hat sich hier einfach mit der Ausrede beruhigt, Ulpian spreche in dieser Stelle (aus dem Sabinuscommentar) vom Civilrecht, in jenem fr. 8. §. 5. cit. dagegen vom Prätorischen. Aber ich frage, woher wir es rechtfertigen, daß die Römer in so engherziger Weise die Darstellungen der beiden Hauptquellen des Rechts geschieden hätten? Es lassen sich Beispiele in Menge anführen, wo in den Sabinuscommentaren vom Edict, und in den Edictscommentaren vom Civilrecht die Rede ist, und das mußte auch geschehen, da beide Theile ein einziges organisch in einander greifendes Ganzes ausmachen, stets also doch bemerkt werden mußte, was das Prätorische Recht am civilen verändert habe [8]). Und hier sollte Ulpian ausdrücklich die practische Gültigkeit des Civilrechts haben hervorheben können (**quae sententia comprobata est**), wenn auf den **filius in potestate** das Prätorische Recht anwendbar gewesen wäre, wodurch es doch offenbar bewirkt würde, daß das Testament nicht **ab eo gradu, unde filius exheredatus est**, den Anfang nehme, sondern daß auch der vorhergehende Grad aufrecht erhalten werde? Denn es wird doch Niemand läugnen, daß wenn der Prätor wirklich eine c. t. aus dem ersten Grade ertheilte, der civilrechtliche Satz damit practisch antiquirt war, da wohl kein filius es unterlassen haben würde, wenn er überhaupt nicht auf die Erbschaft verzichten wollte, die b. p. zu agnosciren.

Und halten wir doch einmal beide Stellen genauer mit einander zusammen. Es ist nicht der Fall, daß Ulpian im fr. 8. §. 5. cit. bloß vom Prätorischen Rechte rede, er spricht

---

8) Es läßt sich durchaus nicht nachweisen, daß die Römischen Juristen den Fehler begangen hätten, der heutzutage freilich öfter vorkommt, daß man nämlich Römisches Recht als geltend vorträgt, ohne zu berücksichtigen, wie es durch deutsches modificirt worden sei, und umgekehrt. Und doch stehen wir in Bezug auf die Verarbeitung des recipirten Römischen und des deutschen Rechtes ganz ebenso, wie die Römischen Juristen bei ihrem Dualismus des Prätorischen und Civilrechts.

Digitized by Google

auch von der hereditas. Er ſagt: hereditas in secundo gradu versatur, aber nicht wegen der Präterition des filius, ſondern nur dann, wenn vor den instituti Niemand in rebus humanis ſei. In unſerem fr. 3. §. 6. aber verſirt die hereditas ſchon von Anfang an, wegen der Präterition des filius, in secundo gradu. Es iſt alſo gar nicht anders möglich, als daß in der erſteren Stelle von einem filius die Rede ſei, deſſen Präterition den Grad nicht umſtößt, d. h. vom emancipatus, während in der letzteren, wie auch das Wort paterfamilias zeigt, nur der filius suus gemeint iſt. —

Was wir hiermit aus einem Fragmente Ulpians bewieſen haben, leuchtet wo möglich noch deutlicher aus einer Stelle des Paulus hervor. Sie iſt aus deſſen Quäſtionen, und der Juriſt behandelt darin einen practiſchen Fall, über den er befragt worden war, und den er nun nebſt dem abgegebenen responsum mittheilt. Es ſcheint mir ſchlechterdings undenkbar, daß er hier den Fragenden lediglich mit den Sätzen des Civilrechts hätte abſpeiſen können, wenn die Prätoriſchen Grundſätze nicht vollkommen damit übereinſtimmend geweſen wären.

> Fr. 43. §. 2. de V. et P. S. — Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios. — Quaesitum est: an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est.

Paulus hebt noch ſo ausdrücklich hervor, es komme hier gar nichts darauf an, ob der filius das Vermögen erhalte

Digitized by Google

oder nicht [9]); und so kann also auch keine c. t. b. p. ihm zu Gute gekommen sein, denn wenn diese gegen alle juristische Consequenz ihm gegeben worden wäre, so wäre sie doch lediglich aus dem Gesichtspunkte einer anomalen Begünstigung zu erklären, und man würde sie also auch gewiß nicht zugelassen haben, wenn der Sohn schon ohne das als **institutus** das Vermögen erhielt.

VIII. Die Concurrenz der civilen und Prätorischen Notherben.

§. 93. Nachdem wir jetzt die Lehren von den Subjecten, den Wirkungen und den Berücksichtigungsvorschriften der c. t. b. p. beendigt haben, können wir zu der Frage übergehen, auf welche wir schon öfter in Voraus verweisen mußten, nämlich wie sich das Zusammentreffen von civilen und Prätorischen Notherben in einem und demselben Erbfalle gestaltet habe. Wir haben bisher nur das Verhältniß des eine wahre c. t. Agnoscirenden zu den **scripti extranei**, zu den **conjunctae personae**, und zu anderen Prätorischen Notherben kennen lernen. Aber damit ist die Stellung der **filii** und **postumi sui** zu der erbetenen c. t. b. p. noch nicht beantwortet.

So viel glaube ich oben bei der Entwicklung der nominellen b. p. c. t. bereits dargethan zu haben, daß der Prätor ihnen ihr Civilrecht vollkommen anerkannt hat. Aber die Gründe, weßhalb der Prätor dies ihr Civilrecht in eben jene nominelle c. t. einkleidete, konnte ich einstweilen nur andeuten, und erst hier lassen sich dieselben vollständig übersehen.

Ich muß, ehe ich zu der Darstellung der einzelnen Fälle übergehe, gleich im Voraus bemerken, daß wir uns hier auf einem Gebiet befinden, wo mehre juristische Principien und außerdem auch noch sehr natürliche Rücksichten der Billigkeit mit einander im Conflict gerathen, weßhalb es denn auch nicht zu

---

9) Fr. 75. de her. inst. (Papin.). — Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus.

Digitized by Google

verwundern ist, daß unter den Römischen Juristen sich bedeutende Meinungsverschiedenheiten bildeten. Es ist von besonderem Interresse und Werth, diesen Controversen und den für die gegenüberstehenden Ansichten geltend gemachten Gründen genau nachzuforschen. Mir scheint, daß man hierin heutzutage noch keineswegs in allen Punkten das Richtige getroffen hat.

Die einzelnen Concurrenzfälle werden sich am Besten so durchgehen lassen, daß wir das Recht der civilen Notherben zum Grunde legen, also die drei Fälle ihrer Institution, Exheredation und Präterition. In jedem derselben ist dann damit das Recht des instituirten, exheredirten oder präterirten Prätorischen Notherben zusammenzustellen.

1. Ein civiler Notherbe ist instituirt.

Wir brauchen uns natürlich nicht weiter auf die beiden Fälle einzulassen, wenn neben ihm ein instituirter oder exheredirter Prätorischer Notherbe steht. Es bleibt also nur der dritte Fall übrig, wenn eine Präterition des Letzteren vorliegt. Hier tritt nun bekanntermaßen für die civilen Notherben, ebenso wie bei der Institution eines Prätorischen, eine abgeleitete b. p. aus der Person des Präterirten ein [1]). Alle die Gründe, welche nach unserer obigen Darstellung der abgeleiteten c. t. zum Grunde liegen, kommen hier nicht minder in Betracht. Indem nämlich der Prätor in der c. t. die Succession sämmtlicher liberi nach gleichen Grundsätzen reguliren will, so muß er natürlich zu derselben auch die zulassen, welche im Fall der Präterition die wahre Intestatsuccession eröffnen würden; denn auf eine dem practischen Effecte nach dieser Intestatsuccession

---

1) Fr. 8. §. 14. de b. p. c. t. (Ulp.). — Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus juris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent; quippe si filius, qui in potestate patris est, ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipati occupat, qui si emancipatum fratrem non haberet, duodecimam partem habiturus esset. Sed si ex parte minima sit heres institutus, non pro ea parte qua institutus est, tuendus est commisso edicto, sed amplius per b. p. habere potest.

Digitized by Google

gleichstehende Erbschaftsvertheilung geht ja gerade die c. t. b. p. aus.

Danach mußte denn hier der Prätor es ebenfalls geschehen lassen, wenn der Instituirte sich der abgeleiteten b. p. nicht bedienen, sondern mit seinem Civilrechte, soweit es den Viriltheil nicht überstieg, zufrieden sein wollte, so daß also dann für die verschiedenen Erbquoten eine testamentarische [2]) und eine notherbenrechtliche Succession nicht zu vermeiden war.

Hiebei könnte man nun aber meinen, daß folgender Punkt Schwierigkeiten gemacht habe. Die civilen Notherben sind ja stets **sui heredes**, ihnen fällt daher die **hereditas** immer **ipso jure** zu, und da dies in unserem Falle **ex testamento** geschieht, so scheint dadurch die c. t. b. p. ihnen unmöglich zu werden, so lange sie nicht durch das **beneficium abstinendi** vom testamentarischen Civilerbrecht befreit wurden; denn man kann nicht zugleich testamentarischer Erbe sein und c. t. b. p. erbitten. Dem ist aber nicht so, die Römer erklärten sehr natürlicher Weise das **ipso jure** Erbewerden nicht für genügend um die c. t. auszuschließen, vielmehr forderten sie eine positive Handlung, welche eine Anerkennung des Testaments involvirt. Bei einem **extraneus heres** ist dies die **her. aditio**, bei dem Haussohne mußte, da die Erschaftsantretung schon durch die Rechtsregel mit der Delation zusammenfällt, das factische Immisciren substituirt werden [3]). Lag nun aber diese Einmischung vor, so müssen die Römischen Juristen rücksichtlich der zu zahlenden Legate dieselbe Meinungsverschiedenheit gehegt haben, welche oben §. 85. Note 4. angegeben ist.

---

2) Diese wurde auch dann angenommen, wenn der instituirte civile Notherbe nicht bloß die c. t., sondern auch die testamentarische Succession verschmähte, um ab intestato die Erbschaft zu besitzen. fr. 23. si quis omiss. causa.

3) Fr. 14. pr. in fin. de b. p. c. t. (Afric.). — Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres sit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse b. p., si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia judicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere.

Digitized by Google

Wenn dagegen der Hausſohn die abgeleitete c. t. agnoscirte, ſo waren ſie darüber einig, daß er nur den **parentes et liberi** von dem, was er dadurch gewinnt, die Legate zu präſtiren habe. Indeſſen wird dabei in den Quellen noch eine beſondere Frage hervorgehoben, worin wiederum die Juriſten abweichender Anſichten geweſen ſind. Falls nämlich der inſtituirte Hausſohn **impubes** und ihm ein Anderer **in secundum casum** ſubſtituirt war, ſo iſt freilich über die dem Subſtituten anbefohlenen Legate kein Zweifel [4]), rückſichtlich der dem Sohne dagegen aufgelegten und nun vom Subſtituten zu erfüllenden äußern ſich die Quellen verſchieden.

> **Fr. 5. pr. de legat. praest. (Ulpianus). — Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit, emancipatum autem filium praeteriit; deinde uterque filius acceperunt bonorum possessionem; — — quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea (legata) praestare. Et siquidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt. — — §. 1. Quodsi impubes ex uncia duntaxat institutus heres fuerit, magis est, semissem usque legata praestiturum etc.**

Aus dieſem §. 1. ſehen wir jedenfalls, daß Ulpian meint, der Subſtitut müſſe die vom **impubes** hinterlaſſenen Legate nicht nach dem kleineren Inſtitutionstheile, ſondern nach dem durch die c. t. erlangten Viriltheile zahlen. Wenn er auch nachher beſonders von den dem Subſtituten aufgelegten Legaten ſpricht, ſo kann er doch für die dem Hausſohn aufgelegten unmöglich etwas Anderes meinen. Er ſtellt alſo nur die Unterſcheidung auf, daß der Subſtitut nach dem Viriltheil die ihm ſelbſt anbefohlenen Vermächtniſſe Allen, dagegen die vom **impubes** hinterlaſſenen lediglich den **conj. pers.** zu zahlen habe, ebenſo wie dieſer ſelbſt auch nur hiezu verpflichtet geweſen wäre. Und dies erſcheint auch als die natürlichſte Anſicht. Anders aber und zwar unjuriſtiſcher beurtheilt Scävola den Fall:

Fr. 103. §. 2. de legat. III. — Si filius ex uncia

---

4) **Fr. 34. §. 2. fr. 35. de vulg. et pup. subst.** ſ. Francke a. a. O. S. 157 ff.

Digitized by Google

heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus ejus utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.

Scävola iſt in ſoweit mit Ulpian gleicher Anſicht, daß der Subſtitut nicht bloß von der **uncia**, ſondern von dem Viriltheil (der Hälfte) die dem **impubes** aufgelegten Legate zu zahlen habe, aber nun unterſcheidet er: von der **uncia** ſoll er wie ein teſtamentariſcher Erbe Allen, vom Ueberreſt dagegen nur den **conj. pers.** ſie präſtiren. Die Gründe, welche ihn leiteten, werden geweſen ſein, daß doch hier dem Inſtituirten ſein Inſtitutionstheil erhalten werde, daß ſogar dieſer **ipso jure** dem Kinde zufalle, alſo müſſe doch der Subſtitut aus deſſen Perſon, ſoweit dieſer Theil reicht, ganz als teſtamentariſcher Erbe betrachtet werden [5]). Aber dieſe Gründe ſind nicht

5) Francke a. a. O. S. 160. tritt dem Cujacius bei, welcher den Widerſtreit zwiſchen Scävola und Ulpian dadurch hinwegzuräumen ſucht, daß er die Stelle des Scävola von Legaten verſteht, welche dem Subſtituten aufgelegt ſind. Dies geſchieht dadurch, daß die Worte **habeat et substitutum** vor den Satz: **et ab eo legata data sint** gerückt werden. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß durch dieſe ſchon an und für ſich gewaltſame Aenderung die Stelle weniger Schwierigkeiten darböte. Francke nämlich billigt es mit Recht nicht, daß man nun ohne Weiteres die Schlußworte **Et verius est** etc. mit Cujacius ſtreiche. Läßt man ſie aber ſtehen, ſo ſcheint es mir viel eher erklärlich, daß Scävola für die dem **impubes**, als die dem Subſtituten aufgelegten Legate jene Anſicht aufſtellen konnte. Für Letzteres wären doch eigentlich gar keine juriſtiſchen Anhaltspunkte vorhanden, wogegen Erſteres die im Texte angegebenen Gründe für ſich hat, die, wenn auch nicht ſo richtig wie Ulpians Anſicht, doch wie mir ſcheint, ſehr wohl den Scävola bewegen konnten. Wir dürfen uns gar nicht ſo ſehr ſträuben, unter den Römiſchen Juriſten in dieſem Gebiete Meinungsverſchiedenheiten anzunehmen, die ſich auch oft ziemlich weit von den Ergebniſſen juriſtiſcher Conſequenz entfernen. Die folgende Darſtellung wird dies in mehr als einem Beiſpiele zeigen. — Wenn aber Scävola meinte, daß der Subſtitut die dem **impubes** aufgelegten Legate zur **uncia**

Digitized by Google

die richtigeren. Der Institutionstheil wird neben der c. t. b. p. des Bruders nicht eigentlich erhalten, sondern, wenn die abgeleitete c. t. agnoscirt wird, so ist er eben dadurch ganz untergegangen (§. 85. Note 1 a), und die notherbenrechtliche nach Verbreitung über die ganze Erbschaft strebende Succession an die Stelle getreten. Das **ipso jure** Erbewerden des Kindes verändert daran nichts, denn dies hindert, wie auch Scävola annimmt, die Agnition der c. t. nicht, sobald nur nicht das Immisciren schon eingetreten war; wenn aber die c. t. dadurch nicht verhindert wird, so muß man auch die Wirkungen der c. t. anerkennen, und so kommen wir denn zu der Ulpianschen Ansicht zurück, daß **solis liberis parentibusque** die Legate zu prästiren sind. Es ist freilich bei der Concurrenz der **liberi** nicht immer zu vermeiden, daß für verschiedene Personen die Grundsätze verschiedener Successionen anerkannt werden müssen, aber in einer und derselben Person zum Theil eine testamentarische, zum Theil eine notherbenrechtliche Succession gelten zu lassen, macht den Eindruck des Gezwungenen und Unnatürlichen.

Jedenfalls sieht man aber schon aus diesem Beispiele, daß wir uns hier auf einem Felde befinden, wo die Römische Jurisprudenz sehr leicht in Schwankungen und Meinungsverschiedenheiten gerathen konnte. Es ergiebt sich von selbst eine Mehrzahl von Ansichten, auf die man verfallen kann, und für die sämmtlich sich auch Gründe anführen lassen. Dabei greift dann mehr ein individuelles als ein streng juristisches Gefühl ein, welchen Gründen man den Vorzug geben wolle. Es scheint mir auch für die Ansicht des Scävola außer den vorher vermutheten juristischen Gründen ein anderer veranlassender Umstand noch wichtiger. Es ist, wie wir dies alsbald noch weiter verfolgen werden, das Streben der Römischen Juristen unverkennbar, in den mancherlei sich hier erhebenden

---

Allen zu zahlen habe, so muß er jedenfalls auch dem **impubes** selbst diese Verpflichtung aufgelegt haben. Ulpian dagegen erkennt für den instituirten Impubes wie überhaupt für alle instituirten **liberi** nur die Legate an die conj. pers. an, und meint nur, wenn er die b. p. nicht agnoscire, so müsse er von seinem Institutionstheile alle die Legate zahlen. §. 96. Note 2.

Digitized by Google

Fragen, bei denen man bisweilen wirklich sehr zweifelhaft sein kann, soviel wie möglich zu Gunsten des Testaments und für die Aufrechthaltung der Legate zu sprechen. Von diesem Billigkeitsgrundsatze aus mußte man dann häufig die juristische Consequenz verlassen. Aber freilich giebt es hierin Stufen und Grade, und von Scävola kann man in dem angegebenen Falle wohl sagen, daß er sich vom juristischen Boden etwas zu weit hat ableiten lassen.

§. 94. — 2. Ein civiler Notherbe ist exheredirt.

Auch bei diesem zweiten Falle ergiebt sich die Antwort von selbst, wenn daneben ein Prätorischer Notherbe instituirt oder ebenfalls exheredirt ist. Wie aber, wenn Letzterer präterirt war, also die **c. t. b. p.** erhielt?

Hievon handelt das lange und wegen seiner umständlichen Argumentation sehr lesenswerthe **fr. 20. de b. p. c. t.** von Tryphonin. Da diese Stelle an sich vollkommen deutlich ist, so will ich nur ihren Inhalt und dessen Gründe hier referiren.

Wir haben in der bisherigen Darstellung schon nach den verschiedensten Richtungen hin die Bedeutung kennen lernen, welche der **her. aditio des scriptus heres** bei der **c. t. b. p.** beizulegen ist. Hier begegnen wir derselben nochmals. Es fragt sich nämlich, auf welche Weise der exheredirte Haussohn neben dem präterirten **emancipatus** zur Erbschaft gelangen könne? Mittelst der **c. t. b. p.** ist dies nicht möglich, denn diese läßt ja die Exheredationen bestehen, weßhalb denn auch der Jurist ganz allgemein sagt: **emancipatus autem, petens c. t. b. p., solus habebit bonorum possessionem.** Da also dem Exheredirten der Weg des Prätorischen Rechts ganz verschlossen ist, so bleibt ihm doch nur die Möglichkeit, mittelst des Civilrechts an der Succession Theil zu nehmen. Hier kommt daher Alles darauf an, ob der **scriptus heres** die **her. aditio** vornimmt oder nicht. Im ersteren Fall ist abgesehen von der **querela inoff.** der Haussohn ausgeschlossen.

Im letzteren Fall dagegen tritt nach Civilrecht die Intestatsuccession ein, die also nur der Haussohn ganz allein in Anspruch nimmt (**filius ab intestato patri suus heres deprehendetur**), während umgekehrt des Emancipirten **c. t. b.**

Digitized by

p. ebenfalls auf die ganze Erbschaft gerichtet ist. Beide, das Civilrecht und das Prätorische, stehen sich hier also entschieden entgegen, und es ist die Frage, wie diese Collision zu heben sei. — Mir scheint hiebei kaum zweifelhaft, was die eigentliche strenge juristische Consequenz hätte ergeben müssen. Die Römer sprechen es so vielfach und entschieden aus, daß nach einmal agnoscirter c. t. die her. ad. des **scriptus** keine Bedeutung mehr für den c. t. b. **possessor** hat. Seine Stellung soll durch dieselbe nicht mehr verschlechtert werden können, und da nun außerdem nach dem Princip der c. t. die Exheredationen bestehen bleiben, so müßte der **exheredatus** völlig ausgeschlossen werden, ohne weitere Berücksichtigung, ob die Erbschaftsantretung vorgenommen werde oder nicht. Tryphonin aber entscheidet nicht so; wir können es ganz dahin gestellt sein lassen, ob dies allgemeine Ansicht der Juristen war, oder ob auch hier (was gar nicht unwahrscheinlich ist) Streit geherrscht hat; jedenfalls ist seine Meinung uns von großem Interesse, weil dies wieder ein Beispiel ist, daß man, auf die Billigkeit gestützt, von der strengen Rechtsconsequenz abging. Der Jurist stellt sich, während man eigentlich die ganze Frage nach den Grundsätzen der den **scriptus** vollkommen hinwegräumenden c. t. b. p. beurtheilen müßte, umgekehrt auf den Standpunkt des Civilrechts. Hiernach ist Intestatsuccession eingetreten, man kann also auch von dem destituirten Testamente nicht lediglich noch die Exheredation aufrecht erhalten wollen. Diese civile Intestatsuccession stellt nun Tryphonin in den Vordergrund, und nimmt damit die erbetene c. t. als removirt an; vielmehr soll diese nur noch die Wirkung haben, daß neben dem **suus**, der nach Civilrecht **heres ex esse** wird, der **emancipatus ab intestato** vom Prätor in der Hälfte der Erbschaft geschützt wird, m. a. W. die auf die ganze Erbschaft agnoscirte c. t. wird zu einer b. p. **unde liberi** auf die Hälfte. Ueber diesen Hauptpunkt, daß die erbetene c. t. nun auf einmal wieder durch die Ausschlagung des **scriptus heres** ihre Kraft verliert, geht der Jurist ohne alle Anführung von Gründen ganz rasch hinweg. Und in der That ist derselbe auch nicht juristisch zu vertheidigen, es stehen ihm die völlig unzweifelhaften Grundprincipien der c. t. durchaus

Digitized by Google

entgegen, wonach es allgemein anerkannt war, daß die **semel nata b. p.** keine Veränderung erleidet, **sive quis heres exstiterit sive non.**

Damit ist aber nicht gesagt, daß die Ansicht Tryphonins zu tadeln wäre, auch nur so, wie ich mich im vorigen § über jene Meinung des Scävola äußerte. Es ist offenbar, daß man hier lediglich zur Begünstigung des **exheredatus** von den im Uebrigen völlig anerkannten Grundprincipien der **c. t.** um der Billigkeit willen abging. Die ganze Lehre von der **c. t.** ist uns, wie ich oben §. 86. (am Ende) hervorhob, ein sehr lehrreiches Institut, weil die Römischen Juristen das ganze Gebäude auf so feste Principien zu bauen verstanden; aber sie verstanden es auch, hie und da am rechten Orte von diesen Principien, wo die **aequitas** ein Anderes rieth, abzuweichen, ohne daß damit dem Ganzen ein Schaden geschah. Dies scheint mir sowohl von den folgenden Fragen, die wir noch kennen zu lernen haben, als auch von der uns jetzt beschäftigenden gesagt werden zu müssen. Die Exheredationen waren nicht beliebt, und wenn also auch der Prätor sie im Allgemeinen aufrecht erhielt, so erschien es doch passend, dies nicht anders anzunehmen, als wenn die Enterbung auch nach Civilrecht Gültigkeit hatte [1]). Bei dieser gleichsam restrictiven Interpretation mußte man denn von selbst darauf kommen, den dem **exheredatus** zu gewährenden Schutz an die Ausschlagung des **scriptus heres** zu knüpfen. Und so kam, was Tryphonin auch ausdrücklich hervorhebt, das Resultat heraus, daß dem Instituirten diese seine Ausschlagung ein verkäuflicher Gegenstand wurde, für die er vom **exheredatus**, dessen Erbrecht lediglich davon abhängt, sich bezahlen lassen kann.

Im §. 1. unseres Fragments handelt dann der Jurist von der Collation, was wir, wie überhaupt diese ganze Lehre, übergehen. Dagegen muß ich noch einige Worte über die im §. 2. besprochene Legatenzahlung hinzuzufügen, welche Tryphonin

1) **Fr. 8. pr. de b. p. c. t.** — **Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad c. t. b. p. admittendos, sicuti nec jure civili testamenta parentum turbant.** Das **sicuti** ist nach Tryphonins Ansicht nicht im Sinn von: **sowie**, sondern von: **soweit** zu verstehen.

Digitized by

im Fall des Zusammenerbens der beiden Brüder annimmt. Auch hier ist von juristischer Consequenz nicht die Rede, denn wenn der Jurist seine eigenen Worte im pr. (**redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur**) streng genommen hätte, so verstand sich von selbst, daß von einer Legatenzahlung gar nicht die Rede sein konnte. Nichtsdestoweniger aber soll für seine Hälfte der **emancipatus** die **conjunctae personae** befriedigen, weil er doch einmal die c. t. b. p. agnoscirt hatte, und man deren Grundsätze beibehielt, trotz dem, daß die Intestatsuccession eingetreten war, und den **b. possessor** auf die Hälfte herabgesetzt hatte. Also wiederum nichts als Billigkeit gegen die **parentes et liberi**, denen man, auch wo das Recht es nicht consequent gebot, hier wie in vielen Fällen ihre Legate gerne bewahrte. Weiter aber wagte man doch nicht zu gehen, der Hausſohn soll für seine Hälfte ganz unbeschwert bleiben, und so schließt denn der Jurist: **erit ergo melior hoc casu conditio in familia relicti filii, quam foret, si exheredatus non esset**, — was freilich ein ziemlich sonderbares Resultat ist.

§. 95. — 3. Ein civiler Notherbe ist präterirt.

Bei diesem letzten Falle kommen ganz neue Momente der Betrachtung hinzu, wodurch er sich von den vorhergehenden beiden Punkten wesentlich unterscheidet. Im ersteren Fall war das Testament in Folge der Institution des civilen Notherben vollkommen gültig gewesen; im zweiten fand, bei seiner Exheredation, eigentlich ganz dasselbe Statt, also die c. t. war gegen das Testament zulässig, aber mittelst einer Anomalie leitete man aus der Nichtantretung des **scriptus heres** die Ungültigkeit des Testamentes ab. Hier in diesem dritten Fall aber stellt sich die Sache noch ganz anders. Das Testament ist wegen Uebergehung des schon geborenen Hausſohns oder der später erschienenen **postumi nichtig**, und dies hat auf die Frage, ob eine c. t. b. p. entstehen könne, den entscheidendsten Einfluß.

Hier ist der Punkt, wo wir die Bedeutung und die Grän-

Digitized by Google

zen der früher schon besprochenen nominellen c. t. b. p. erst gehörig ermessen können, von der ich oben bereits hervorhob, daß sie nur im Fall der Concurrenz mit anderen Notherben eigentliche Wichtigkeit hat, so wie denn auch vorherrschend nur in dieser Richtung die Quellen von ihr sprechen. Wenn ein Haussohn oder **postumus**, ohne daß noch andere **liberi** in Betracht kamen, präterirt war und b. p. erbat, so nannte man das auch wohl in übertragener Weise eine c. t., aber das Wesen derselben war, wie nie Jemand bei den Römern bezweifelt hat, das einer **b. p. unde liberi**, unter welchem Namen sie auch gleich von Anfang an agnoscirt werden konnte. Nur in singulärer Weise läßt sich, wie ich oben angab, ein Fall denken, wo die Agnition der c. t. b. p. dem civilen Notherben wirklich von Interesse war (§. 74. № 1.). Dagegen wo neben ihm andere Notherben stehen, hat die nominelle c. t. wirklich selbständige juristische Bedeutung erhalten, wie aus dem Folgenden zu ersehen ist. Wir müssen auch hier, wie bei den vorhergehenden Fragen, gleich hervorheben, was die Ergebnisse der streng festgehaltenen juristischen Consequenz gewesen sein würden. Es kann keinen Zweifel leiden, daß danach von einer c. t. b. p. nur die Rede gewesen wäre, wenn Prätorische Notherben präterirt waren; denn die c. t. setzt ein gültiges Testament voraus. Waren aber civile Notherben präterirt, so bietet die dadurch hervorgerufene Nichtigkeit des Testamentes ein an und für sich mit den Grundsätzen der c. t. unvereinbares Moment dar. Ebendeßhalb hätte man eigentlich ganz allgemein und ohne alle Unterscheidung sagen müssen, es trete Intestatsuccession ein, an der die noch neben dem präterirten Haussohn oder **postumus** vorhandenen **liberi**, nach civilem und Prätorischem Rechte (**b. p. unde liberi**) Theil nähmen.

Aber es war nicht rathsam, bei diesen Sätzen ganz starr und unbeweglich stehen zu bleiben. Man ging davon ab. Indessen sind in dieser Hinsicht zwei wesentlich verschiedene Punkte genau zu trennen, welche ich auch schon im §. 74. № 2. kurz angedeutet habe. Sie bilden zwei verschiedene Stufen, von denen die eine um einen Schritt weiter von der civilrechtlichen Consequenz entfernt ist, als die andere. Die Quellen

Digitized by Google

zeigen uns nicht undeutlich an, daß beide auch hiſtoriſch hintereinander liegen, indem der erſte Schritt ein vom Prätor ſelbſt angeordneter iſt, über den alſo auch gar kein Streit beſtand, während der zweite auf Fortentwicklungen der Römiſchen Jurisprudenz beruht, über welche die Juriſten auch nie recht einig geworden ſind.

a) Wenn in einem Erbfalle nur präterirte Prätoriſche Notherben vorhanden waren, ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß ihnen eine vor die sec. tab. b. p. geſtellte Agnitionsfriſt eingeräumt werden mußte. Dies kann doch nun auch nicht verändert werden, wenn noch neben dem Prätoriſchen civile präterirte Notherben vorhanden waren, da dies ja der Prätor im Voraus noch gar nicht wiſſen konnte. Aber von der anderen Seite iſt es nun wiederum nicht denkbar, daß der Prätor den civilen Notherben gegen den Prätoriſchen hätte zurückſetzen, alſo Erſterem, der **ab intestato** ein Recht auf die **b. p. unde liberi** hatte, einen erſt nach Ablauf der Friſt für die c. t. [1]) beginnenden Agnitionszeitraum anberaumen können. Hätte dann auch etwa gar, nach Agnition der c. t., die b. p. in der folgenden Friſt nach der allgemeinen Regel verſagt werden ſollen? Unmöglich, denn der Prätor will ja unter allen **liberi** eine gleichmäßige Vertheilung eintreten laſſen. Und warum überhaupt den civilen Notherben in eine ſpätere Friſt ſtellen, da doch Beide zuſammen den Erblaſſer beerben ſollen, da man überhaupt die dem Einzelnen zu gebende Portion nur durch vereinte Berufung Aller, die miteinander theilen ſollen, feſtſtellen kann. Was war alſo zu thun? Da man den Prätoriſchen Notherben doch keinenfalls ſein ſelbſtändiges Recht auf die c. t. abläugnen, alſo ihn nicht von dem Recht der civilen Notherben abhängig machen konnte, da man Letztere aber auch Jenem nicht nachſtellen durfte, ſo bleibt gar nichts Anderes übrig, als daß man Alle zuſammen gleich in der erſten Friſt, alſo zur c. t., berief.

Da dies von Anfang an ſich als etwas Nothwendiges darbieten mußte, ſo haben wir uns auch gleich mit der Einfüh-

1) Denn von einer Agnition der sec. tab. konnte, da das Teſtament nichtig iſt, jedenfalls nicht mehr die Rede ſein.

Digitized by Google

rung der c. t. dieſe nominelle Zuziehung der civilen Notherben unzertrennlich verbunden zu denken. Und dies beweiſen ja auch unſere Quellen, wie oben nachgewieſen iſt, ſo entſchieden. Die Accrescenzerben ſollen nicht bloß, wenn ſie allein ſind, ein materiell gleiches Recht erhalten, wie es die filii und postumi, wenn dieſe ebenfalls allein ſind, haben. Alsdann mußte das Prätoriſche Edict lediglich von den Accrescenzerben (und dann hinterdrein auch von den emancipati) geſprochen haben. So iſt es aber nicht, ſondern das Edict ruft ſämmtliche liberi, d. h. eigentlich und anfangs nur die sui, aber dieſe doch insgeſammt zur c. t. b. p.; mithin ſind darunter auch die civilen Notherben in ihrer Concurrenz mit den Prätoriſchen einbegriffen.

In dieſer Geſtalt haben wir uns daher die nominelle c. t. jedenfalls ſchon von Anfang an zu denken. An und für ſich iſt dies nur eine formelle Verbindung mit der wahren c. t. der Accrescenzerben, eine Zuſammenordnung in dieſelbe Agnitionsfriſt. Mit ihr iſt es daher noch immer vereinbar, daß, wenn die civilen Notherben von ihrem Recht Gebrauch machen, und die nominelle c. t. agnosciren, dann die Ungültigkeit des Teſtaments auch für die Prätoriſchen Notherben anzunehmen war, ihre b. p. alſo ebenfalls den Charakter der unde liberi erhielt.

Damit iſt aber auch zugleich das Umgekehrte gegeben, und hier finden wir denn ſchon eine wichtige materielle Bedeutung, welche wir der nominellen b. p. c. t. gleich anfangs nicht abſprechen können. Indem nämlich der Prätor Beide, die civilen und Prätoriſchen Notherben, als ſelbſtändig Berechtigte, in derſelben Friſt vereinigt, und nicht die Letzteren vom Rechte der Erſteren gänzlich abhängig machen kann, ſo liegt darin, daß wenn nun der civile Notherbe weder durch Agnition der nominellen c. t. noch durch her. ad. ſein Recht geltend macht, für den Prätoriſchen Notherben durchaus die wahre c. t. b. p. eintritt. Denn wäre dies nicht der Fall, ließe der Prätor, auch wenn der präterirte Hausſohn abſtinirt, für den präterirten Accrescenzerben die reine Inteſtatſucceſſion eintreten, ſo hieße das ja, das Recht des Letzteren von dem des Erſteren ganz abhängig machen; oder mit anderen Worten, es

Digitized by

hätte in diesem Fall gar keine Frist der c. t. geben können. Nach Civilrecht war freilich das Testament nichtig, aber es ist doch sehr erklärlich, daß hier, wo der civile Notherbe selbst sein Recht aufgab, der Prätor nun auch dem Prätorischen N. E. nicht erlaubte, dies aufgegebene Recht einer anderen Person zu benutzen, sondern ihn lediglich auf das in eigener Person begründete Recht beschränkte. Darin liegt allerdings, daß er in diesem Punkte das Civilrecht entschieden verläßt, und, indem er das ungültige Testament für Prätorisch gültig erklärt, dadurch einen Boden gewinnt, auf dem die wahre c. t. des Prätorischen Erben ruhen kann.

Was wir hiemit schon aus der formellen Zusammenordnung der nominellen und wahren c. t. bewiesen haben, wird nun auch durch einen ausdrücklichen Quellenausspruch bestätigt:

> **Fr. 17. de inj. rupto. (Pap.). — Filio praeterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis avocavit; quodsi se bonis patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur.**

Papinian hat hier wahrscheinlich *instituirte* Brüder des Präterirten vor Augen, aber dadurch verliert die Stelle nichts von ihrer Beweiskraft. Denn sie zeigt doch jedenfalls, daß diese Instituirten eine sec. tab. erbitten können. Regelmäßig ist nun die sec. tab. confirmandi jur. civ. gratia, aber hier, wie in einigen anderen Fällen, die wir später kennen lernen werden, ist sie es ausnahmsweise nicht. Dies ist zugleich maaßgebend für die c. t., welche da eintreten kann, wo die Möglichkeit der her. ad. oder der b. p. aus dem Testamente vorhanden ist [2]). Die c. t. setzt nur ein nach Prätorischen

---

2) Fr. 8. §. 5. fr. 19. de b. p. c. t. — Die Worte: (testamentum), ex quo neque adiri hereditas neque bon. poss. peti potest. — und: ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas b. p. peti potuit, sind also so zu verstehen: in allen Fällen, wo her. ad. möglich ist, da ist es auch die sec. tab., es giebt aber umgekehrt einzelne Fälle, wo Erstere unmöglich, Letztere möglich ist; jedenfalls genügt dies zur Begründung der c. t.

Digitized by Google

Grundsätzen gültiges Testament voraus, und auf die c. t. paßt Papinians Grund ganz ebensogut, wie auf die sec. tabulas. Denn auch bei jener wird Manches von der **voluntas testatoris** aufrecht erhalten, und dies muß also doch ebensogut Gültigkeit behalten, wenn ein Prätorischer Notherbe auftritt, als wenn die eingesetzten Erben die Erbschaft behalten. —

Das bisher Gesagte ist entschieden Prätorische Thätigkeit, und hierüber konnte auch natürlich kein Streit unter den Römischen Juristen sein. Das Uebrige, worin man von den im Anfange dieses § angegebenen Sätzen der juristischen Consequenz **ex bono et aequo** abging, war Gegenstand der Controverse, kann also jedenfalls nicht im Edicte festgestellt worden sein. Hier haben wir daher die Gränze zu machen. Das Bisherige ist die ursprüngliche Bedeutung der nominellen c. t. b. p. Wir können es in kurze Worte zusammenfassen:

Indem die civilen Notherben formell mit in die Klasse der c. t. b. p. aufgenommen werden, so verlieren sie dadurch, falls sie auf ihr Recht verzichten, den Einfluß, den ihr verletztes Notherbenrecht nach der **subtilitas juris** auf die concurrirenden Prätorischen Notherben äußert.

Dieser Satz war aber zu verführerisch, als daß nicht die Römischen Juristen auf dem einmal angebahnten Wege des **bonum et aequum** noch weiter fortzuschreiten versucht werden mußten.

b) Der zweite Schritt nämlich, nachdem der Prätor jenen ersten gethan, lag sehr nahe. Der Prätor hatte doch das durch Präterition des Hayssohns ungültige Testament nach der **aequitas** für gültig erklärt, sobald der Präterirte auf sein Recht verzichtet. Die Billigkeit rieth, dies auch auf den umgekehrten Fall zu übertragen, wenn er sein Recht, sei es durch die nominelle b. p. oder durch her. aditio, geltend machte. Einige Römische Juristen haben dies in der That unternommen, und es ist hier gleich im Voraus zu bemerken, was auf diesem Gebiete allgemein anerkannt blieb, was dagegen dem Streite unterworfen wurde.

Von dem durch die juristische Consequenz gebotenen Satze, daß eigentlich die reine Intestatsuccession eintrete, ist man freilich für die Person des civilen Notherben, wenn dieser sein Recht geltend machte, nie abgegangen. Ich glaube dies oben

Digitized by

bereits vollständig bewiesen zu haben. Wohl aber konnte und mußte jener erste Schritt des Prätors sehr leicht Folgendes hervorrufen. Die Einwirkungen des civilen präterirten Notherben auf die Successionsart des präterirten Prätorischen sollen, wenn jener verzichtet, ausgeschlossen sein, warum denn nicht also auch, falls er sich seine Portion in der That durch **ber. ad.** oder **b. p.** angeeignet hatte? Schon in der formellen Zusammenstellung der civilen und Prätorischen Notherben in derselben Frist der **c. t. b. p.** liegt, daß der Prätorische nicht aus der Person seines Bruders, sondern aus eigenem selbständigen Rechte gerufen wird. Noch deutlicher sieht man dies im Fall des Verzichtes des Haussohns. So konnte man denn auch leicht dahin kommen, zu sagen, daß für den präterirten Accrescenzerben und Emancipirten lediglich und für alle Fälle sein eigenes selbständiges Recht auf die wahre **c. t.** in Betracht komme, daß er aus der Person des civilen präterirten Notherben, auch wenn dieser seinen Viriltheil *in Anspruch* nehme, kein Recht auf die reine Intestatsuccession herleiten solle. Man war schon gewöhnt worden, bei der Succession der **liberi** nebeneinander für verschiedene Portionen verschiedene Delationsgründe (z. B. eine testamentarische und eine notherbenrechtliche) anzuerkennen, und so brauchte man denn auch hier nicht davor zurückzuschrecken, für die eine Virilportion die Grundsätze der Intestatsuccession, für eine andere die der **c. t.** eintreten zu lassen.

Ich habe bisher gesagt: es lag sehr nahe, daß aus jenem ersten Schritt sich dieser zweite entwickelte. Aber was waren die Gründe, daß man es that? Offenbar dieselbe **aequitas**, welche schon den Prätor die **c. t.** aufrecht halten ließ, wenn der Haussohn abstinirte. Die **c. t.** ist ja im Allgemeinen nach dem Bilde der Intestatsuccession gemacht, also der Prätorische Notherbe erhält in der That den Theil, welchen Letztere ihm gewähren würde. Aber dennoch erhält die **c. t.** Manches vom Testament aufrecht, und namentlich Eins, was lediglich durch die **aequitas** hervorgerufen war, nämlich die Legate an die **conjunctae personae** (§. 84. Note 4.). Die **parentes et liberi** wollte man gern immer noch neben den civilen und Prätorischen Notherben in dem ihnen Hinterlassenen schützen. Frei-

Digitized by Google

lich hat nie ein Römer daran gedacht, dem civilen Notherben die Legatenzahlung aufzulegen, wohl aber war dies bei dem Prätorischen möglich, sobald man nur bei ihm nicht auf das vom Haussohn abzuleitende Recht der Intestatsuccession, sondern auf sein eigenes durch seine Präterition entstandenes Recht zur **c. t. b. p.** sah. Von letzterem Gesichtspunkte aus mußte er nun allerdings von seiner Portion die Legate an die **conjunctae pers.** zahlen.

So entstand, aus Begünstigung der **parentes et liberi**, dies, man könnte sagen: „System der persönlichen Rechte". Es soll im Fall der Concurrenz von civilen und Prätorischen Notherben nicht mehr ein einziges Princip die ganze Succession beherrschen, sondern es wird bei jeder einzelnen Portion auf das eigene Recht des dazu Berufenen gesehen. Ist dies civiles Notherbenrecht, so succedirt er für seine Quote **ab intestato**, und hat keine Legate zu zahlen. Ist es ein Prätorischer Notherbe, so succedirt er nach dem Recht der **c. t.** und hat für seine Portion die Legate an **parentes et liberi** anzuerkennen.

Juristisch consequent ist das freilich nicht, wohl aber wurde es durch eine natürliche Billigkeit empfohlen; und so kommt es, daß auch die römischen Juristen, jenachdem sie der Consequenz oder der Billigkeit den Vorzug gaben, über diese Frage sich in zwei Parteien theilten.

Wer die Billigkeit vorwalten ließ, mußte nun auch leicht noch weiter getrieben werden. Wie, wenn der civile Notherbe präterirt, der neben ihm stehende Prätorische aber instituirt ist? Darüber waren freilich alle Juristen einig, daß Letzterer jetzt aus der Person des Ersteren sein Recht auf die Succession ableiten mußte. Aber wie leitet er es ab? Die eine Partei, der Consequenz folgend, mußte sagen, ihm stehe die reine Intestatsuccession zu, welche die ganze Erbschaft ergriffen habe. Die andere aber mußte auf das persönliche Recht des Instituirten sehen. Wäre er nicht instituirt, sondern präterirt, so sollte er ja nur nach dem Recht der **c. t.** auf seinen Viriltheil succediren. Unmöglich konnten sie ihm also jetzt im Fall der Institution ein größeres Recht aus der Person des Präterirten ableiten lassen. So kommt jenes merkwürdige Resultat heraus, das ich schon oben hervorhob. Dem Präterirten

Digitized by Google

erkannte man sein Intestaterbrecht vollkommen zu, aber man nahm an, das majus enthalte auch das minus, und ein Prätorischer Notherbe könne aus dem majus für sich nur das minus d. h. die c. t. ableiten, da er doch aus eigener Person im Fall der Präterition nur höchstens auf dies Recht Anspruch habe. Während also die eine Partei ganz auf dem Standpunkte des Civilrechts stehen blieb, und danach die Intestatsuccession über die ganze Erbschaft herrschen ließ, so stellten sich die Gegner vielmehr auf den Standpunkt des Prätorischen Rechts, und ließen diese die ganze Erbschaft umfassen. Der civile Notherbe hat doch die nominelle c. t., und sein instituirter Bruder soll sich daraus nicht das darin enthaltene civile Element, welches für den präterirten allerdings anerkannt wird, sondern lediglich das Prätorische Schutzmittel ableiten dürfen. Die nominelle c. t. soll mithin in der Person des Instituirten nicht die Intestatsuccession, sondern die wahre c. t. erzeugen, wodurch denn die Aufrechthaltung der Legate bewirkt wird.

Nach dieser der Billigkeit folgenden Ansicht, die aber nie allgemein anerkannt worden, und von der wir nicht wissen, wie weit sie in die Römische Praxis übergegangen ist, gewinnt die nominelle c. t. noch eine ganz andere Bedeutung, als ihre ursprüngliche Gestalt mit sich führte. In der älteren Auffassung ist doch immer das Princip des Civilrechts noch vorherrschend festgehalten worden, indem, wenn der civile Notherbe sein Recht geltend macht, stets ausnahmslos die reine Intestaterbfolge eintritt. Nach der neueren Auffassung vieler Juristen aber erscheint die c. t. b. p. als vorherrschend, und das Recht des civilen Notherben für seine Quote nur als ein singuläres Privilegium, das über diese Quote hinaus keine Wirkungen äußert.

Aber es ist wohl zu bemerken, daß dies doch nur von den beiden bisher erwähnten Fällen gilt, wenn nämlich neben dem präterirten civilen Notherben ein präterirter oder instituirter Prätorischer stand. War Letzterer dagegen exheredirt, so gab es gar keine Anknüpfungspunkte, um die Succession unter die Grundsätze der c. t. b. p. zu stellen, und so finden wir denn auch gar keine Andeutung, daß irgend ein Römischer Jurist von dem älteren Principe, abzugehen versucht hätte.

Digitized by Google

§. 96. Ich habe bisher nur die inneren Gründe entwikkelt, welche die weitere Ausdehnung der ursprünglichen Bedeutung der nominellen c. t. veranlaßte. Wir haben jetzt die Quellenausſprüche ſelbſt kennen zu lernen, in denen uns dies mitgetheilt wird. Die Nachläſſigkeit der Compilatoren, welche die Spuren der Controverſe nicht ganz zu tilgen verſtanden, gewährt uns hier glücklicherweiſe noch die Möglichkeit, einzelne Römiſche Juriſten zu erkennen, die theils bei der anfänglichen Geſtalt der nominellen c. t. ſtehen blieben, theils davon abwichen.

α) Präterition des Prätoriſchen Notherben. Wir müſſen hier das oben ſchon benutzte fr. 15. pr. de legat. praest. von Paulus nochmals, und zwar vollſtändig mittheilen.

> Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas b. p. petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo jure. Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est.

Aus der Art, wie Paulus die rechtliche Beurtheilung dieſes Falles einleitet (quidam existimant), ſollte man glauben, er werde ſich gegen die Anſicht dieſer „quidam“ ausſprechen. Aber gerade umgekehrt erklärt er ſie für die richtigere. Es erſcheint ſonderbar, daß er vor der Aeußerung ſeines Einverſtändniſſes, den Fall noch einmal eigens reaſſumirt, da er doch ohne die geringſte Undeutlichkeit bloß ſagen konnte: quod puto verius esse. Indeß iſt dies nicht ohne Abſicht geſchehen. Mit den Worten: quid ergo est, ubi praeteritus sit suus, will er zugleich den Grund angeben, weßhalb die Meinung der quidam die richtigere ſei. „Wie nun, es iſt ja ein suus

Digitized by Google

präterirt (also bekanntlich das Testament nichtig), mithin kann auch keine c. t. b. p. für den noch außerdem präterirten emancipatus statt finden."

Paulus steht also auf der älteren Stufe der nominellen c. t., aber seine Worte beweisen durch ein unumstößliches argumentum a contrario, daß andere Juristen der entgegengesetzten Ansicht waren. — Knüpfen wir hieran gleich den Fall, über den gar kein Streit bei den Römern bestand:

β) Exheredation des Prätorischen Notherben. Hieher gehört fr. 32. de lib. et post. von Marcian [1]):

> **Si filio emancipato, is qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus veniet.**

Marcian könnte unmöglich so entschieden sprechen, wenn irgend eine Meinungsverschiedenheit vorgelegen hätte.

γ) Institution des Prätorischen Notherben. Paulus muß, wenn er nicht ganz inconsequent gewesen ist, hier nothwendig auch der älteren Ansicht treu geblieben sein [1a]). Denn sein Grund, daß der emancipatus keine Legate zu zahlen habe, weil dieser ja ganz vom Haussohn sein Recht ableite, und Letzterer ab intestato succedire, (quia effectu fratris aufert

---

1) S. auch fr. 1. §. 9. si tab. test. null. von Ulpian, der, wie wir gleich sehen werden, im Uebrigen den Standpunkt des Civilrechts verlassen hat. S. oben §. 73.

1a) Zweifel gegen die Consequenz des Paulus erregt freilich jenes fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. (s. §. 76.), worin der interimistische Schutz des institutus vor Geburt des präterirten postumus aus der später zu agnoscirenden c. t. b. p. gerechtfertigt wird. Aber dies beweist doch nicht genug. Freilich nennt er hier das Recht des emancipatus institutus eine c. t. b. p., aber er kann sie auch nur in dem Sinne so genannt haben, wie man sie auch den civilen Notherben selbst zuspricht. Die Frage, nach welchem Rechte der emancipatus succedire, ob er die Legate zahlen müsse (d. h. ob es eine wahre c. t. sei) oder nicht (d. h. ob es nur dem Namen nach eine c. t. wäre), interessirte ihn hier nicht; er brauchte sich also auch nicht genauer auszudrücken. Auch wenn Paulus ganz bei dem im §. 95. unter № a. entwickelten Rechte festhielt, so ist er doch um dieser Ausdrucksweise willen nicht gerade zu tadeln.

Digitized by Google

partem dimidiam, quum etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset) paßt vollkommen auch hier.

Ulpian aber trägt die entgegengesetzte Ansicht vor:

> Fr. 16. de legat. praest. — Si duo proponantur, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est. Et si ambo petiissent c. t. b. p., is quidem qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata.

Ulpian fragt zuerst, ob wohl die Ansicht der Gegner richtig sei, und es ist wohl zu bemerken, daß er dafür, sogar in den Worten fast ganz übereinstimmend, durchaus den von Paulus angeführten Grund vorbringt (quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset). Er hält aber diesen Grund nicht für genügend, und daraus geht hervor, daß Ulpian auch in dem obigen Falle, wenn der emancipatus präterirt war, ohne die größte Inconsequenz, mit Paulus nicht übereingestimmt haben kann. Er läugnet den Grund des Paulus nicht, und er kann auch nicht läugnen, daß darin die juristische Consequenz liegt, aber er hält es doch für „verius“, daß wenigstens an die parentes et liberi die Legate ausgezahlt würden. Offenbar muß er dasselbe also auch im Fall der Präterition des Prätorischen Notherben angenommen haben.

Einen besonderen Grund für diese seine Ansicht giebt er gar nicht an, aber er ist in der Antwort selbst enthalten. Indem er sagt, es seien an die conjunctae personae die Legate zu zahlen, so liegt darin ein Doppeltes: der Instituirte soll nach dem Rechte der c. t. succediren, und zwar aus billiger Rücksicht gegen die parentes et liberi, denen dadurch ihre Legate bewahrt werden.

Ulpian entscheidet sich aber, wegen der entgegenstehenden Ansicht Anderer, doch nur zweifelnd; er hält es für „richtiger“ (verius est), daß der Instituirte aus der Person des Präter-

Digitized by Google

irten nicht dessen Civilrecht, sondern lediglich die abgeleitete c. t. erhalten soll. Es fällt nun aber auf, daß, was er hier im zweifelnden Tone sagt, er im Anfange der Stelle schon als etwas Unzweifelhaftes hingestellt hat: **apparet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est.** Das ist ja eben der Streitgegenstand, ob der Präterirte dem Instituirten sein Civilrecht, oder die **b. p. commisso per alium edicto** mittheile, wie kann nun Ulpian dies Letztere mit **apparet** als ganz ausgemacht darstellen, während er es nachher nur als das „Richtigere" behandelt?

Indeß ist dieser scheinbare Widerspruch leicht zu lösen. Der practisch wichtigste Punkt, um den sich der Streit drehte, war ja nur der, ob die Legate zu zahlen seien, oder nicht. Dagegen gaben beide Parteien zu, daß jedenfalls der Instituirte durch den Präterirten zur Successsion gelange; und weiter will Ulpian mit jenen Worten **apparet etc.** nichts sagen. Er kleidet es nur gleich in die Auffassung, die er für die richtige hält. Das übertragene Recht stellt er gleich als **b. p. commisso per alium edicto** dar, um so von selbst auf das Resultat zu führen, daß die Legate zu bezahlen seien. — Paulus würde bei seiner entgegengesetzten Ansicht diese Ausdrucksweise wohl nicht gebraucht, er würde etwa gesagt haben: **apparet auferre eum posse partem dimidiam,** oder wenn er es gesagt hätte (was sich nach dem in Note 1a Gesagten als möglich zugeben läßt), so wäre es in ganz uneigentlichem Sinne genommen, denn eine wahre **c. t. b. p. commisso per alium edicto** ist es doch eben nicht, wenn man von einem Intestaterben sein Recht ableitet, und selbst auch keine Legate zu zahlen verpflichtet sein soll. —

Die Meinungsverschiedenheit zwischen Paulus und Ulpian mußte aber, außer der Frage über die Legatenzahlung, sich doch auch noch auf einen anderen Punkt erstrecken. Wenn man mit Paulus sich das Ganze als Intestatsuccession denkt, so muß man für den concurrirenden Prätorischen Notherben rücksichtlich der Art, wie er sein Recht erwirbt, unterscheiden, ob es ein Accrescenzerbe oder ein Emancipirter ist. Ersterem muß man die Möglichkeit zugestehen, seinen Theil an der Intestatsuccession auch lediglich nach Civilrecht zu erwerben; wo-

Digitized by Google

gegen allerdings der Letztere nur durch Agnition der b. p. zur Succession gelangt, die, wenn sie auch nominell als c. t. erbeten ist, doch den Charakter der unde liberi hat. Für Beide aber muß man die Möglichkeit läugnen, daß eine in Bezug auf die testamentarische Einsetzung vorgenommene her. aditio irgend eine Bedeutung haben könne.

Ulpian dagegen mußte auch hier wieder anderer Ansicht sein; und demgemäß fährt er in der angeführten Stelle folgendermaßen fort:

> **Proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est, tuendum eum in partem,** (Ulpian setzt natürlich voraus, daß er nun doch nicht überhaupt verzichtet), **et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus? dubito, tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris judicio pro sua parte debet.**

Es ist kein Grund anzunehmen, daß Ulpian die unbeschränkte Legatenzahlung weiter ausgedehnt wissen wollte, als für den Fall, zu dem er eben in diesem Satze übergeht. Auf das Frühere also können wir es nicht als eine Vervollständigung zurückbeziehen. Ulpian meint, wenn der Instituirte die c. t. agnoscirt, so soll er nur an die conjunctae personae zahlen [2]). Dagegen wenn er die Agnition unterläßt, und als scriptus heres antritt [3]), so sei, wenn gleich es ihm als zweifelhaft erscheint, es doch das Natürlichste, daß er alle Lega-

---

2) In einer anderen Stelle sagt Ulpian dies vom instituirten impubes (und dessen Substituten) ausdrücklich. fr. 5. pr. de legat. praest. Ebenso hat auch die instituirte conjuncta persona, welche die her. ad. unterläßt, und sich mit der Denunciation des b. possessor begnügt, nur an die conjunctae personae nach Ulpians Ausspruch die Legate zu zahlen. s. §. 84. Note 12. — Dies kann ja doch nur analog aus dem abgeleitet sein, was Ulpian für den instituirten Notherben annahm.

3) Diese Antretung ist freilich nur etwas der her. aditio Analoges, denn von einer wahren civilrechtlichen Erbantretung kann doch wahrlich bei einem civilrechtlich ungültigen Testamente nicht die Rede sein. — Man kann übrigens dies nicht zur Unterstützung des im §. 92. Note 7. Widerlegten benutzen, wie ich wohl nicht weiter auszuführen brauche.

Digitized by Google

tare in Gemäßheit seines Erbtheils befriedige. Er succedire ja doch durchaus in Folge der **voluntas testatoris.**

In der That, wenn wir einmal die Grundvoraussetzung des Ulpian zugeben, daß der Instituirte, trotz der Nichtigkeit des Testaments nicht an der Intestatsuccession Theil nehmen soll, so ist diese Fortführung seiner Ansicht ganz consequent. Und in dieser Hinsicht, aber freilich nur in dieser, steht Ulpian auf gleicher Seite mit African, und wiederum dem Paulus gegenüber (s. §. 85. Note 4.), während im Uebrigen der dort von African und der hier von Ulpian besprochene Fall außerordentlich weit dadurch von einander entfernt stehen, daß jener ein gültiges, dieser aber ein ungültiges Testament voraussetzt. Weßhalb wir denn auch keineswegs hieraus eine Antwort entnehmen dürfen, ob African Ulpians Ansicht gebilligt haben würde. Alle drei Juristen stehen auf ganz verschiedenen Standpunkten, dort bei jener Frage African auf dem der strengen Consequenz, Paulus auf einer den instituirten Erben berücksichtigenden Billigkeit. Hier dagegen bei unserer Frage haftet Paulus umgekehrt am consequenten Recht, während Ulpians Ansicht auf nichts als einer die Legatare begünstigenden Billigkeit ruht, aber nun auch auf dem einmal angenommenen Standpunkte alle daraus sich ergebenden Folgerungen (und zwar mit Recht) anerkennt [4]).

IX. Bedingende und vernichtende Beweise bei der c. t. b. p.

§. 97. Ich habe bei jeder Klasse der b. p. stets auch die beiden Fragen untersucht, welche Bedingungen der Prätor für die Ertheilung der einzelnen **bonorum possessiones** aufstellt, und welche Voraussetzungen er an und für sich bei der Agni-

4) Hiernach kann ich der Darstellung nicht beitreten, welche Francke S. 153. und Mühlenbruch Commentar Bd. 37. S. 37. von dieser Controverse geben. Justinians Compilatoren haben hier freilich nicht sehr lobenswerth gearbeitet, daß sie so viele Spuren von verschiedenen Ansichten Römischer Juristen haben stehen lassen. Aber für uns ist dies von keinem Interesse, weil die ganze c. t. b. p. unpraktisch ist, worauf wir noch im vierten Buche zurückkommen werden.

Digitized by Google

tion ununterſucht läßt, ſo daß nur, wenn ihm bereits das Nichtvorhandenſein dieſer Vorausſetzungen bekannt war, eine Denegation der b. p. eintrat, im Uebrigen aber die Vorbringung dahin zielender Behauptungen den intereſſirten Perſonen überlaſſen wurde.

Wir können nicht zweifeln, daß dieſe beiden Punkte auch bei der c. t. b. p. zu unterſcheiden ſein werden, und ſo haben wir denn mit der darauf bezüglichen Unterſuchung dieſe Lehre zu ſchließen. Ich erinnere dabei an das Gemeinſame, was ich namentlich bei der **sec. tabulas** b. p. im erſten Bande rückſichtlich unſerer Frage bereits geſagt habe.

Jede Klaſſe der b. p. enthält eine größere oder geringere Anzahl von Regeln, denen genügt ſein muß, wenn eine *gültige* b. p. vorhanden ſein ſoll. Wir können ſie insgeſammt die Vorausſetzungen dieſer Klaſſe nennen. Die Römer gebrauchen dafür regelmäßig die Terminologie, daß beim Nichtvorhandenſein derſelben „b. p. **peti non potest**". Nun aber iſt es bei dem ganzen Weſen und Zweck der b. p. etwas ſchlechterdings Undenkbares, daß der Prätor nur dann eine b. p. aus der fraglichen Klaſſe ertheilt hätte, wenn der Nachſuchende ihm das Vorhandenſein aller dieſer Vorausſetzungen darthat. Ebenſo undenkbar aber iſt auch das Umgekehrte, daß der Prätor jedem, der vor ihm erſchien, die verlangte b. p. ſtets ohne Weiteres hätte geben können, alle Fragen, ob der Bittende auch dazu berechtigt war, auf ſpätere etwaige Proceſſe vor den **judices** verſchiebend. Das ganze Syſtem der b. p. ſetzt ein ſelbſtthätiges Eingreifen des Prätors zur Regulirung der Erbſchaftsangelegenheit voraus, und damit wäre ein Verfahren, wonach Hunderte von Unberechtigten die b. p. hätten erhalten und alſo die Sache verweitläuftigen können, unvereinbar.

Somit war es ganz nothwendig, die bei jeder Klaſſe beſtehenden Vorausſetzungen in Beziehung auf die Art ihrer Conſtatirung nicht alleſammt einander gleichzuſtellen. Das Meiſte allerdings blieb bei der Agnition ununterſucht, (vernichtende Beweiſe) und bewirkte nur, wenn es ſchon bekannt war, die Denegation, wonicht, ſo machte das ſpätere Bekanntwerden die b. p. zur **non data**. Einzelnes aber, und zwar ſtets einige beſonders wichtige Punkte, ließ ſich der Prätor vor der

Digitized by Google

Ertheilung constatiren (bedingende Beweise). Bei manchen Klassen konnten nur diese beiden Punkte vorkommen, dagegen haben wir bei der **sec. tab. b. p.** noch eine Mittelstufe kennen lernen; es gab dabei manche Fragen, die freilich keinen Beweis von Seiten des Nachsuchenden enthalten, aber doch vor der Ertheilung der **b. p.** durch directe Untersuchung des Prätors festgestellt wurden, ich habe sie im engeren Sinne die Bedingungen der Agnition genannt.

Alle drei Abstufungen der im prätorischen Recht vorhandenen Voraussetzungen finden wir auch hier bei der **c. t. b. p.** wieder. Ich muß aber nochmals die beiden Umstände hervorheben, welche unsere Untersuchung in dieser Frage so schwierig machen. Es ist die Allgemeinheit der Römischen Terminologie, wonach alle Fälle, mögen sie dem einen oder dem anderen Gebiete angehören, meist ohne Unterschied mit den Worten: **b. p. peti non potest** dargestellt werden. Ferner aber die freie Stellung des Prätors bei der Handhabung der **b. p.**, wonach für sehr viele Fälle gar keine festen Regeln bestanden haben können. Dennoch glaube ich, daß man wenigstens im großen Ganzen auch bei der **c. t. b. p.** zu ziemlicher Sicherheit über die angegebenen drei Klassen gelangen kann.

Nach der obigen Darstellung des ganzen Instituts der **c. t.** sieht man leicht, daß der Voraussetzungen ihrer Gültigkeit eine außerordentliche Menge ist, und daß also jedenfalls das Meiste davon in das Gebiet der vernichtenden Beweise gehört haben muß. Dies wird noch durch die besondere Natur gerade dieser Klasse bestätigt. Das Wesen der übrigen **b. possessiones** ist, daß rasch ein Repräsentant des **heres** da sei, welcher einstweilen die Erbschaft regulirte. Weil hier ein Abfordern von Seiten des **heres** möglich ist, so muß doch darauf gesehen werden, daß nicht ein ganz unberechtigter Fremder das Verfügungsrecht über die **hereditas** erhält; da aber die Constituirung jenes Repräsentanten rasch geschehen soll, so kann der Prätor die Legitimationsfrage des die **b. p.** Nachsuchenden nicht auf spätere Processe vor **judices** verschieben, er muß die Constatirung wenigstens einer begründeten Wahrscheinlichkeit selbst übernehmen, d. h. er muß aus den sämmtlichen Voraussetzungen einer Klasse doch mancherlei Punkte hervorheben

Digitized by Google

und als bedingende Beweiſe hinſtellen. — Bei der c. t. b. p. kommen dagegen ganz andere Geſichtspunkte in Betracht. Sie iſt ausnahmsweiſe eine b. p. die ſtets cum re ſein ſoll; während die übrigen bonorum possessiones ihrem juriſtiſchen Weſen nach nur interimiſtiſche Univerſalſucceſſionen genannt werden können, ſo iſt dies eine definitive. Sie ſteht alſo dem Begriff der hereditas in ganz anderer Weiſe gleich, als die anderen Klaſſen. Freilich berechtigt uns das noch keineswegs, zu folgern, der Prätor habe nun auch gleich den c. t. b. possessor formell dem heres gleichgeſtellt, alſo ihm die hereditatis petitio (possessoria) gegeben. Die Quellen führen uns darauf in keiner Weiſe, und die Rechtsmittel, welche der Prätor für die b. p. erweislich conſtituirt hat, waren ſo gut und vollſtändig eingerichtet, daß von einem practiſchen Bedürfniß gar nicht die Rede ſein kann.

Wohl aber läßt ſich nicht läugnen, daß der c. t. b. possessor dem materiellen Effecte nach ganz ſo gut ſteht, wie ein heres. Wenn der b. possessor, nach Erbittung der b. p., die beſitzloſen Güter ſelbſt ergriffen hat, ſo wird dem scriptus heres die her. pet. gegen ihn denegirt (§. 68. Note 3.), wenn umgekehrt Letzterer oder ein Anderer beſitzt, ſo fordert der b. possessor mit dem Int. quor. bon. und den fictitiae actiones (possessoriae actiones. §. 80. Note 17.), die ganze hereditas ſo vollſtändig und definitiv ein, wie es der scriptus heres gethan haben würde, wenn er nicht durch die c. t. removirt wäre (§. 82. Note 6.). Hieraus könnte man zu ſchließen geneigt ſein, daß gerade, weil das Vermögen dazu beſtimmt iſt, dauernd beim bonorum possessor zu bleiben, der Prätor ſich um ſo mehr das vollſtändige Recht des Nachſuchenden ſchon vor Ertheilung der c. t. beweiſen laſſen mußte. Es folgt aber vielmehr das Umgekehrte. Da ſich doch alle Vorausſetzungen der c. t. ohne die Behauptungen eines beſtimmten Gegners gar nicht darthun laſſen können, ſo kommt es nun auch auf einige Punkte mehr, welche der Prätor ununterſucht läßt, nicht an. Alles iſt doch hauptſächlich davon abhängig, ob der scriptus heres die Gültigkeit der c. t. dem b. possessor beſtreitet und erſt in dem zwiſchen Beiden ſtatt findenden Erbſchaftsproceß können ſämmtliche Fragen vollſtändig erledigt werden. Auch

Digitized by

wenn der b. possessor klagend auftritt, so haben seine possessoriae actiones doch eine ganz andere practische Bedeutung, als bei den übrigen b. possessiones. Es handelt sich um definitive Feststellung des Rechts an der Erbschaft, und so bildet die c. t. die erste Ausnahme, an die sich allerdings mit der Zeit die völlige Umwälzung des Begriffs der b. p., und der daraus hervorgehenden Rechtsmittel knüpfen konnte.

Da mithin hier, ganz anders wie bei den übrigen bonorum possessiones, erst ein zukünftiger Erbschaftsproceß die wahre Entscheidung geben kann, so brauchte der Prätor sich um so weniger schon bei Ertheilung der b. p. auf eine Untersuchung der einzelnen Punkte, in denen b. p. peti non potest, einzulassen; er konnte sich mehr noch als sonst mit einer einstweiligen bloßen Wahrscheinlichkeit begnügen, und gewiß hat er hierin seine Thätigkeit auch gar nicht in allen Fällen dieselbe sein lassen. Stand eine her. pet. des heres schon entschieden bevor, so brauchte er viel weniger zu untersuchen, als wenn voraussichtlich der heres sich auf gar keinen Proceß einlassen wollte. Denn in letzterem Fall war es bei weitem nöthiger, daß die Zulassung eines ganz Unberechtigten zur b. p. von vorn herein verhindert werde.

§. 98. Gehen wir jetzt genauer auf das Einzelne ein. Die Menge der bei der c. t. in Betracht kommenden Voraussetzungen lassen sich unter drei Gesichtspunkte vertheilen. Sie setzt erstlich voraus, daß ein gültiges Testament vorhanden sei, ferner, daß dies Testament dem Nachsuchenden zur eigenen oder abgeleiteten b. p. Veranlassung gebe, endlich, daß in der Person des Bittenden das vom Prätor vorgeschriebene Verwandtschaftsverhältniß vorhanden sei.

1. Beweise in Bezug auf die Gültigkeit des Testaments. Wir haben oben gesehen, daß wenn zu der Zeit, wo regelmäßig die Delation an den Instituirten statt findet, das Testament bereits ungültig ist, keine c. t. wie die Römer sagen „geboren“ wird, indem gleich die Intestatsuccession eintritt [1]).

1) Fr. 8. §. 5. de b. p. c. t. — si in primo gradu scripti non sint in rebus humanis mortis tempore testatoris, dicendum est,

Digitized by Google

Sollen wir nun also sagen, der Nachsuchende hätte beweisen müssen, daß das Testament ein vollkommen gültiges sei? Unmöglich, denn dagegen spricht ganz dasselbe, was auch bei der **sec. tab.** den Prätor verhindern mußte, eine derartige Vorschrift aufzustellen. Hier kommt noch ein besonderer Umstand hinzu. Der Nachsuchende bekommt ja, wenn das Testament ungültig ist, in der Regel ein noch volleres Recht, indem die reine Intestatsuccession eintritt. Wie kann man ihn also zur Erlangung des geringeren Rechtes zu einer solchen unerbringlichen Masse von Beweisen verpflichten? Aber der Prätor thut doch auch nicht gern etwas Unnützes, wodurch anderen Personen, namentlich den **conjunctae personae**, ganz vergebliche Hoffnungen erregt werden. Also ohne alle Grundlage kann er die **c. t.** nicht wohl ertheilt haben. Es wäre ja möglich, daß gar kein Testament vorhanden wäre, und so ganz in der Luft kann doch die „**contra lignum**“ gegebene **b. p.** nicht geschwebt haben. Die in Note 1. citirten Stellen scheinen mir hier völlig genügende Auskunft zu geben. Sie sagen, es sei zum **petere** der **c. t.** nöthig, **exstitisse tabulas ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti possit.** (§. 95. Note 2.). Also jedenfalls müssen doch dieselben bedingenden Beweise geliefert worden sein, welche zur Erbittung der **sec. tab.** nöthig waren. Man mußte das Testament vorweisen, und um dies möglich zu machen, hatte man das **Int. de tabulis exhibendis**, oder man mußte sonst darthun, daß ein zur **sec. tab.** geeignetes Testament **mortis tempore** vorhanden war. Aber diese Möglichkeit der **sec. tabulas** setzt hier doch sehr natürlich noch einen Punkt mehr voraus, als die, welche wir im ersten Bande haben kennen lernen. Wenn der Instituirte selbst **sec. tabulas** erbittet, so zeigt eben sein Erscheinen, daß er existirt. Bei der **c. t.** aber ist es eine andere Person, welche sich auf die Möglichkeit der **sec. tab.** beruft, also muß er doch, wo es zweifelhaft ist, nachweisen, daß der Instituirte existirt.

---

c. t. b. p. praeteritum petere non posse. Fr. 19. in fin. eod. — peti contra tabulas inane est, quae sine effectu foret.

Digitized by

Dies also scheint mir noch neben den bedingenden Beweisen der **sec. tab.** hervorgehoben werden zu müssen, und daraus erklärt sich mir, daß gerade dieser Punkt in den Quellen, wie wir gesehen haben (namentlich bei der Frage über die Prästirung der Legate, z. B. **fr. 10. §. 2. de legat. praest.**), so ganz besonders gegen andere Vernichtungsgründe des Testaments hervorgehoben wird. Er lag den Juristen bei ihren Untersuchungen am nächsten.

Alle übrigen Punkte dagegen, durch die das Testament schon **mortis tempore** als nichtig erscheint, gehören jedenfalls, ebenso wie bei der **sec. tab.**, ins Gebiet der vernichtenden Beweise. Also Präterition eines civilen Notherben (soweit diese überhaupt nach unserer obigen Darstellung Hinderniß der **c. t.** war) Mangel der **testamentifactio**, u. s. w. — Doch ist auch hier wieder ein Unterschied von der **sec. tab.**, der sich aber ganz von selbst ergiebt, nicht außer Acht zu lassen. Darin freilich stehen sich beide Klassen gleich, daß wenn ein solcher Grund schon bekannt ist, der Prätor die **b. p.** denegirt, denn es wäre ja „**inane**" sie zu ertheilen. Dagegen wenn nach ertheilter **b. p.**, sei es bei Gelegenheit einer **her. pet.** oder auch ohne Anstellung eines Processes, ein Interessirter dem Prätor das Vorhandensein der **mortis tempore** schon vorhandenen Nichtigkeit nachwies, so ward allerdings die **sec. tab.** dadurch stets zur **non data**. Dagegen bei der **c. t.** tritt dies lediglich dann ein, wenn der **b. possessor** nur aus der erbetenen **c. t.** ein Recht auf die Successsion hat, und also mit deren Hinwegfallen ein Anderer der auf die Erbschaft Berechtigte wird (s. z. B. §. 92. im Anfange). Sobald indeß der **c. t. b. possessor** selbst der ist, an welchen mit Remotion der **c. t.** in der zunächstberufenen Klasse (**unde liberi**) das Vermögen fällt, so braucht er nicht nochmals formell die **b. p.** zu erneuern, also das Bekanntwerden des Vernichtungsgrundes hat nur die Bedeutung, daß er nun die Zahlung der Legate verweigern kann. Die Beweise hiefür scheinen mir genügend in den vorausgehenden Entwicklungen zu liegen.

2. Beweise in Beziehung auf die Berücksichtigung im Testamente. — Ebenso wie bei der **sec. tab. b. p.** es gar nicht anders denkbar ist, als daß der Prätor in dem ihm vor-

Digitized by Google

gebrachten Teſtamente nachgeſehen haben muß, ob der Nachſuchende inſtituirt ſei [2]), ſo iſt es ganz ebenſo auch hier. Es liegt ſo nahe, daß der Prätor gleich aus dem Inhalte des Teſtaments ſich vergewiſſerte, ob der Notherbe präterirt ſei, oder etwa aus der Perſon eines Anderen die abgeleitete c. t. habe. Denn wozu noch, wenn eine von dieſen beiden leicht zu conſtatirenden Vorausſetzungen fehlte, ihm eine c. t. b. p. geben, da er doch als Inſtituirter zur sec. tab. berechtigt, und als Erheredirter ganz ausgeſchloſſen war? Die Quellen drücken ſich auch gerade in dieſer Weiſe aus:

> **Fr. 3. §. 11. de b. p. c. t. — Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet; quum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? Plane si alius committat edictum, et ipse ad c. t. b. p. admittetur.**

Ulpian könnte gar nicht ſo ſprechen, wenn ohne weitere Inſpection des Teſtamentes die c. t. verliehen würde. Er ſtellt ſich ganz auf den Standpunkt des Prätors, und ſagt, es würde ja thörigt ſein, die c. t. zu geben, da wo die sec. tab. deferirt iſt. Darin liegt aber doch, daß dem Prätor dies Letztere, alſo die Inſtitution, bekannt ſein muß, wenn er die c. t. verweigern will. Er muß alſo auch das Teſtament eingeſehen haben [3]). — Und was verſteht ſich denn in der That mehr von ſelbſt? Der Prätor will durch die b. p. ſelbſtthätig die Erbſchaften reguliren, und dabei iſt doch immer die erſte Frage, ob ein Teſtament vorhanden iſt, oder nicht; und für die beiden **b. possessiones ex testamento** (**contra** und **secundum tabulas**) iſt die Kenntnißnahme vom Inhalte deſ-

---

2) Wo das Teſtament nicht vorgebracht werden konnte, mußte man denn auch nicht bloß deſſen Exiſtenz, ſondern deſſen Inhalt darthun.

3) Daſſelbe folgt aus fr. 8. §. 1. eod. — **Aliqua parte tabularum exheredem scribi non sufficit, sed eo gradu, contra quem petitur b. p. Unde si a primo gradu exheredatus sit filius, a secundo praeteritus, et primo gradu scripti non petierint bonorum possessionem, poterit contra tabulas accipere b. p.**

Digitized by

ſelben ganz gleichmäßig nothwendig. Da war es denn doch das Einfachſte, daß der Prätor ſich bei beiden es vorweiſen ließ, und daraus ſogleich mit eigenen Augen erſah, welche von beiden b. possessiones zuzulaſſen, oder ob ſie vielleicht beide unzuläſſig ſeien.

So muß es denn auch mit den übrigen Punkten gehalten worden ſein, bei denen das Recht des Notherben lediglich aus dem Inhalte des Teſtaments beurtheilt werden kann. Die Ausdrucksweiſe der Römiſchen Juriſten zeigt dies auch bei den einzelnen Fragen ſehr deutlich. So z. B. wenn der Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt iſt:

> Fr. 3. §. 12. de b. p. c. t. — Sed si sub conditione scriptus, b. p. c. t. accipere non potest.

Aber ein beſonderer Beweis des Inſtituirten konnte ihm dennoch dazu verhelfen; ſobald er nämlich darthat, daß die Bedingung ſchon weggefallen ſei:

> Quid ergo, si defecerit conditio? Verum est, eum contra tabulas bonorum possessionem accipere.

Ein anderes, nur aus dem Teſtament zu erſehendes Hinderniß der c. t. war, wenn freilich nicht der Notherbe, wohl aber ſein servus inſtituirt war. Der Prätor muß jenen doch gleich befragt haben, ob er Letzterem befohlen habe die cretio vorzunehmen, und dann denegirte er gleich die b. p.

> Fr. 3. §. 15. eod. — Si quis ex liberis non sit scriptus heres, sed servus ejus scriptus sit; eumque jusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas [4]).

Und ebenſo wird regelmäßig der Prätor, wenn er im Teſtamente fand, daß dem Notherben ein Legat hinterlaſſen ſei, ihn gefragt haben, ob er dies haben wolle, oder etwa ſchon angenommen habe. Und danach richtete ſich die Ertheilung oder Denegation der c. t.

---

4) Einem in adoptionem datus wurde überhaupt in dieſem Falle die b. p. denegirt. fr. 8. §. 11. eod. — Sed si ipse scriptus non sit, sed alius qui ei acquirere hereditatem potest, non est in ea causa, ut eum ad b. p. contra tabulas admittamus.

Digitized by Google

Fr. 3. §. 16. eod. Idemque est, et si legatum relictum sibi vel servo suo elegerit; nam et hic dicimus, bonorum possessionem c. t. debere denegari [5]).

Ein beſonderes Decretum mußte, wie wir oben geſehen haben, dann interponirt werden, wenn ein noch nicht geborener postumus präterirt war, und daneben ein inſtituirtes Kind ſich befand (fr. 4. §. 3. fr. 5. eod. — ſ. oben §. 76.).

Aus Allem dieſem folgt, daß die unter unſeren zweiten Geſichtspunkt fallenden Fragen freilich keine bedingenden Beweiſe genannt werden können, aber doch vom Prätor in den meiſten Fällen als wahre Bedingungen der Agnition behandelt ſein müſſen. Er durfte freilich, wenn es ihm paſſend ſchien, auch ausnahmsweiſe davon abgehen, aber ich glaube kaum, daß, da alle dieſe Punkte ſo leicht und einfach von ihm conſtatirt werden konnten, dies oft geſchehen ſein werde. Jedenfalls machte, wenn es geſchah, das ſpätere Bekanntwerden des Nichtvorhandenſeins einer einſtweilen präſumirten Vorausſetzung die b. p. zur non data, ebenſo wie wenn ſie unter einer Vorausſetzung ertheilt wurde, deren gleich anfängliche Conſtatirung überhaupt nicht möglich war [6]).

3. Beweiſe in Beziehung auf das Verwandtſchaftsrecht. — Dieſes dritte Erforderniß der c. t. b. p. zerlegt ſich in eine ſolche Menge von Fragen, daß es ganz undenkbar iſt, der Prätor habe ſich immer genau das Verwandtſchaftsverhältniß, und das Nichtvorhandenſein der daraus etwa abzuleitenden Hinderniſſe beweiſen laſſen. Aber er muß doch, wenn Jemand vor ihm erſchien, den er nicht kannte, und von deſſen Verhältniſ-

---

5) Fr. 10. §. 3. eod. (si quis legatum sive portionem sibi datam agnoverit, a c. t. b. p. repellendus est.) kann daſſelbe heißen; aber es liegt darin auch jedenfalls, daß wenn dennoch die c. t. ertheilt worden iſt, und nun die Annahme des Legats zu Tage kommt, die b. p. als non data erſcheint. S. z. B. auch fr. 15. eod.

6) Fr. 11. pr. eod. — Si in adoptionem datus sub conditione scriptus sit heres a naturali patre, alio committente contra tabulas edictum et ipse veniet. Sed si defecerit conditio, repellitur ab ea possessione.

Digitized by

ſen er nichts wußte, wenigſtens eine Legitimation verlangt haben, daß er ein Kind des Verſtorbenen ſei.

Fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. — Ut autem admittantur ad bonorum possessionem, ex liberis eos esse oportet.

Dagegen alle die weiteren Fragen, ob er auch in ſeiner stirps der Nächſte, ob er nicht etwa untergeſchoben ſei ꝛc., konnte man ſämmtlich der Vorbringung von Seiten anderer intereſſirter Perſonen überlaſſen, d. h. ſie in das Gebiet der vernichtenden Beweiſe ſtellen.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Die historischen Veranlassungsgründe und Folgen der c. t. b. p.

§. 99. Nach Darstellung der **c. t. b. p.** habe ich in diesem Kapitel zwei Institute zusammenzustellen, die mit derselben jedenfalls im directen historischen Zusammenhange stehen. Nur ist es nicht sicher, ob sie die Veranlassung zur Einführung der c. t. hergaben, oder umgekehrt durch diese hervorgerufen wurden. Ich meine das Notherbenrecht der **postumi sui**, wie es namentlich durch die **lex Velleja** regulirt worden war, und das Erbrecht der **emancipati ab intestato**, also die **b. p. unde liberi.**

Daß Ersteres mit der **c. t. b. p.** in genauem Zusammenhange steht, habe ich im vorigen Kapitel (§. 70.) bereits ausgeführt, wir haben aber noch genauer, als dort geschehen konnte, das zwischen beiden bestehende historische Verhältniß zu prüfen, um dadurch auch die näheren Anhaltspunkte für die Einführungszeit der **c. t. b. p.** zu gewinnen. Wir werden sehen, daß es das Wahrscheinlichere ist, das Recht der **postumi** als Veranlassungsgrund der **c. t.** anzunehmen. Dagegen dem zweiten Institute, der **b. p. unde liberi**, welche auch vielfach als Veranlassungsgrund der **c. t. b. p.** aufgefaßt worden ist, werden wir wohl unbedenklich die Stelle einer aus ihr hervorgegangenen Folge einräumen dürfen.

Digitized by Google

I. Das Recht der postumi sui.

§. 100. Schon am Ende des §. 77. bemerkte ich, daß es allerdings denkbar ist, das Recht der **postumi** sei erst nach Einführung der **c. t. b. p.** umgestaltet worden. Dafür ließe sich folgender nicht unscheinbare Grund anführen. Das Prätorische Notherbenrecht stimmt mit dem der **postumi** darin überein, daß die Personen männlichen Geschlechts **nominatim**, die weiblichen dagegen **inter ceteros** zu exheredіren sind. Dies kann kein bloß zufälliges Zusammentreffen sein. Nun aber ist die angegebene Regel im Prätorischen Rechte eine vollkommen feststehende, als Civilrecht für die **postumi** dagegen wird sie, wie wir sehen werden, nur schwankend und als etwas nicht ganz Sicheres von den Römern vorgetragen. So scheint also das Natürlichste, die Einführung dieser Regel dem Prätor zuzuschreiben, und jene Ungewißheit des Civilrechts sich daraus zu erklären, daß es eben nur etwas aus dem Prätorischen Rechte Uebertragenes sei, welches nicht zu vollkommener Festigkeit habe gelangen können.

Nichts desto weniger scheint mir die umgekehrte Annahme, daß der Prätor bei der für die Accrescenzerben aufgestellten **c. t.** dem schon bestehenden Rechte der **postumi sui** sich angeschlossen habe, die wahrscheinlichere. Ich habe es oben weitläuftiger entwickelt, daß die ganze Idee der **c. t.**, Gleichstellung der Accrescenzerben mit den übrigen **sui**, erst aufkommen konnte, nachdem die **postumi sui** nicht mehr **incertae personae** waren. Hiezu kommt noch Folgendes. Der Prätor ruft zur (nominellen oder wahren) **c. t.** sämmtliche **sui**, und darunter auch die **postumi**, und wir haben gar keine Andeutung, daß diese Berufung der **postumi** erst ein späterer Zusatz wäre. Der Prätor setzt aber doch die Möglichkeit der Institution und Exheredation bei den **postumi** voraus, also muß dies schon vorher durch das Civilrecht festgestellt worden sein. Und auch, daß der Prätor jene Vorschrift des **nominatim** Exheredirens für das männliche Geschlecht zuerst ausgedacht hätte, scheint mir etwas sehr Unwahrscheinliches, da wir im Uebrigen gesehen haben, daß er grade in den Berücksichtigungsvorschriften so ganz an die Regeln des Civilrechts sich anlehnte.

Digitized by Google

Dieſe Auffaſſung, wonach die Einführung der c. t. ſich nur als letzter Punkt ſehr natürlich an die ſchon voraufgehenden Veränderungen im Notherbenrecht der sui anſchließt, bedarf aber noch ſtärkerer Stützen, als ihr bisher gegeben werden konnten. Wenn man ihr auch die innere Wahrſcheinlichkeit, wie ich glaube, nicht wird abſprechen können, ſo meint doch vielleicht Mancher, daß ſie vor den poſitiven uns in den Quellen erhaltenen Notizen, die mit ihr nicht vereinbar ſeien, zurückweichen müſſe. Ich habe jetzt zu zeigen, daß dies durchaus nicht der Fall iſt; und daß auch namentlich jene Vorſchrift des namentlichen Exheredirens ſämmtlicher männlichen postumi im Civilrecht ſchwankend bleiben konnte, während ſie im Prätoriſchen Rechte, dadurch, daß der Prätor ſie auf die c. t. b. p. übertrug, als eine Vorſchrift des Edictes natürlich für Accrescenzerben und Emancipirte allem Zweifel enthoben wurde.

Von dem Satze, daß postumi incertae personae ſeien [1]), ging man für die postumi sui zuerſt bekanntlich in dem Falle ab, wenn ein Deſcendent erſten Grades nach dem Tode des Teſtators geboren würde [2]). Hieran ſchloſſen ſich dann die Formeln des Aquilius und die lex Junia Velleja an [3]). Dieſe letztere hatte die Tendenz bei allen viventibus nobis agnascirenden postumi, wenn ſie inſtituirt oder exheredirt ſeien, die Ruption des Teſtamentes zu verhüten, eine Tendenz, die auch die Römiſchen Juriſten vollkommen erkannten, ſo daß ein Fall, den die lex Velleja wahrſcheinlich bloß vergeſſen hatte, von Salvius Julianus, ganz ihrem Principe gemäß beurtheilt wurde [4])

Aber es iſt wohl zu bemerken, daß die lex Velleja doch überhaupt nur von den durch eheliche Erzeugung entſtan-

---

1) Gai. II. 242.

2) Ulp. XXII. 19. »ex jure civili«. d. h. wohl durch Gewohnheitsrecht.

3) Fr. 29. de lib. et post.

4) Fr. 29. §. 15. de lib. et post. Daſſelbe gilt von dem in fr. 28. §. 1. eod. von Tryphonin behandelten Falle.

Digitized by Google

denen **postumi** ſprach. Und ſo bleibt denn noch immer die Frage übrig, ob für die durch einen juriſtiſchen Act (z. B. Adoption, Arrogation, Legitimation) nach der Teſtamentserrichtung in die Gewalt Getretenen [5]) auch nach der **lex Velleja** die alte Regel beſtehen blieb, daß ſie als **incertae personae** weder inſtituirt noch exheredirt werden könnten, oder ob man auch dieſe Fälle nach dem Principe der **lex Velleja** beurtheilte?

Die von den heutigen Schriftſtellern gelehrte Anſicht iſt, daß noch Gaius die alte Regel anerkannt habe, während bereits Scävola und Papinian der Meinung geweſen ſeien, eine **exheredatio** erſcheine allerdings als eine **res in extraneo inepta**, wogegen die vorgängige Inſtitution dem juriſtiſchen **postumus** genügen müſſe. Dieſe Meinung ſei dann die herrſchende geworden, und auch als die von Juſtinian recipirte anzuſehen [6]).

Mir ſcheint hiermit aber weder der Zuſtand der Römiſchen Jurisprudenz, noch alles in der Juſtinianeiſchen Compilation in Betracht Kommende vollſtändig angegeben zu ſein. Gaius war allerdings der Anſicht, daß gleichmäßig die vorgängige Inſtitution wie Exheredation für den ſpäter eintretenden **postumus** nicht hinreichend ſein ſoll. Und es iſt nicht zu läugnen, daß dieſer Meinung ein ganz vernünftiger Grund zur Seite ſteht, wonach ſie gar nicht lediglich als ein ſtarres Feſthalten am alten Recht erſcheint. Es kann ein Menſch recht wohl ſeine Verhältniſſe ſchon im Voraus auch mit Rückſicht auf noch ſpäter geborene Deſcendenten reguliren. Dagegen wenn er durch ein eigenes Rechtsgeſchäft einen Hausſohn annimmt, ſo wird ſelten ein ſchon früher gemachtes Teſtament mit ſeinem jetzigen Willen übereinſtimmen. Da nun einmal

---

5) Wir wollen ſie in der Folge kurz mit dem Ausdruck: juriſtiſche postumi bezeichnen.

6) Gai. II. 140. 141. im Vergleich mit fr. 18. de inj. rupto. und fr. 23. de liber. et post. — ſ. Bluntſchli S. 54. Francke S. 41. Mühlenbruch Commentar. Bd. 36. S. 279. Bangerow Leitfaden II. S. 232. — Foerster p. 117. 119. verſuchte noch eine Vereinigung beider in die Digeſten recipirten Juriſten mit Gaius, was allerdings unzuläſſig iſt.

Digitized by Google

die **postumi** das Teſtament rumpirten, ſo hat es ſehr viel für ſich, dieſen Satz ganz allgemein bei den juriſtiſchen **postumi** beſtehen zu laſſen, weil man nicht vorausſetzen kann, daß der Teſtator ganz bei ſeinem früheren Willen bleiben werde. Und die Anforderung iſt doch wahrlich nicht unnatürlich, daß man von dem, der noch Luſt gehabt hat, durch ein eigenes Rechtsgeſchäft einen Sohn anzunehmen, verlangt, er ſolle nun auch von Neuem ſeine Verlaſſenſchaft reguliren. Daß auch die Römiſche Geſetzgebung von dieſem Geſichtspunkte ausging, ſehen wir aus Gaius **II. 143.**, indem durch ein eigenes **Sct.** unter Hadrian für einen Fall, wo es nicht mehr möglich war, das Teſtament zu erneuern, ausdrücklich erlaubt wurde, daß die vorgängige Inſtitution oder Exheredation genügen ſolle; **ne**, wie Gaius ſagt, **scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.**

Aber darin liegt doch ein entſcheidendes **argumentum a contrario**, daß die Geſetzgebung abgeſehen von dieſem Ausnahmsfalle eine Renovation des Teſtamentes bei juriſtiſchen **postumi** verlangte, daß ſie mithin die directe Uebertragung des Princips der **lex Velleja** auf dieſelben für unanwendbar hielt. Freilich werden wir nun ſehen, daß viele Juriſten und zwar lange vor Gaius anderer Meinung waren; aber daß dieſe theoretiſchen Anſichten gleich in die Praxis übergingen, wo ihnen noch ein ſpäteres **Sct.** entgegenſtand, iſt nicht zu glauben.

Die Anſicht von Scävola und Papinian iſt eine Mittelmeinung, und lehnt ſich am nächſten an die des Gaius an. Wenngleich nämlich Letzterer dem Reſultat nach Inſtitution und Exheredation einander gleichſtellt, ſo unterſcheidet er ſie doch den Gründen nach ganz genau:

> **II. 140. Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione ejus supervacuum videtur quaerere, quum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuerit.**

Bei der Exheredation beſtände gar kein Zweifel, daß ſie die Ruption des Teſtamentes nicht zu verhindern vermöge, denn zur Zeit der Teſtamentserrichtung ſei der ſpäter Adoptirte ein **exheredatus**, und die **exheredatio** eine **res in extraneo**

Digitized by Google

inepta [7]). Dies deutet darauf hin, daß in Beziehung auf die Exheredation damals gar kein Streit unter den Römiſchen Juriſten beſtand, wohl aber rückſichtlich der Inſtitution. In der That ſieht man dies nun auch aus der vorſichtigen Ausdrucksweiſe, mit der Scävola in fr. 18. de inj. rupt. die dem Gaius entgegengeſetzte Anſicht ausſpricht:

> **Si, qui heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit.**

Scävola hat einen keineswegs ganz verwerflichen Grund für ſich, denn allerdings iſt hier ein Unterſchied zwiſchen der Inſtitution und Exheredation. Die letztere bezieht ſich lediglich auf Ausſchließung eines beſtehenden Notherbenrechts, und da dies zur Zeit der Teſtamentserrichtung noch nicht vorhanden iſt, ſo ſtimmten Gaius und Scävola darin überein, daß durch eine ſolche Exheredation jedenfalls die Ruption nicht ausgeſchloſſen werde. Dagegen meint Scävola, die Inſtitution ſei doch an und für ſich etwas Gültiges auch bei dem **extraneus**, und ſo ſolle ſie auch genügen, wenn dieſer **extraneus** ſpäter **suus** wird, und dadurch Notherbenrecht erhält; während Gaius daran feſtgehalten hatte, daß die Inſtitution doch auch ſpäterhin nichts Anderes bedeuten könne, als was ſie anfangs geweſen war. Da ſie nun im Anfange nicht zur Befriedigung des Notherbenrechtes diente, ſo könne ſie auch ſpäter nicht dazu benutzt werden, und der Erblaſſer ſei alſo nach der Adoption zur Renovation des Teſtaments verpflichtet.

Dieſe Anſicht des Scävola iſt aber gar nichts Neues, ſondern ſchon Labeo, Caſſius und Javolenus hatten ſie, wie wir aus folgender Stelle ſehen.

> **Fr. 6. pr. de lib. et post. (Ulpian.) — Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Javolenus, posse; nam et uxorem ducere et adoptare potest. Spadonem quoque posse postumum heredem scribere, et Labeo et**

---

7) Fr. 132. pr. de verb. obl.

Digitized by Google

Cassius scribunt, quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est.

Ein spado kann natürlich nur einen juriſtiſchen postumus erhalten, während bei dem, **qui facile generare non potest**, doch die Möglichkeit der phyſiſchen Zeugung vorhanden iſt. Von Beiden aber wird, mit ausdrücklicher Hervorhebung der Adoption, geſagt, daß die Inſtitution eines ſolchen juriſtiſchen **postumus** gültig ſei. Und das iſt eben die Anſicht des Scävola und Papinian.

Daß dieſe ſoviel Anhänger hatte, ſcheint mir lediglich daraus erklärlich, daß die Römer die Exheredationen nicht begünſtigten. Aber im Uebrigen iſt ſie eine halbe Maaßregel. Freilich beſtand der eben angeführte Unterſchied, zwiſchen Inſtitution und Exheredation, auf den ſich Scävola beruft. Aber was daran Wahres iſt, führt von ſelbſt darauf, daß man, um conſequent zu ſein, noch einen Schritt weiter gehen mußte. Scävola und die Uebrigen faſſen offenbar die Inſtitution des ſpäter Adoptirten als ein Doppeltes auf, einestheils als Inſtitution eines **extraneus**, und anderntheils als Berückſichtigung des ſpäter erworbenen Notherbenrechts. Beide Punkte haben im Grunde gar Nichts mit einander zu thun [8]), und wenn man einmal der Inſtitution für den künftigen **suus heres** Bedeutung beilegte, weßhalb ſoll man denn nicht auch ſagen können, daß ebenfalls die Exheredation, wenn ſie gleich nicht gegen den fraglichen Menſchen als **extraneus** gerichtet ſein kann, doch gegen ihn für die Zukunft, ſobald er **suus heres** werde, Kraft habe. Conſequent ſind hier doch nur die zwei Anſichten, daß man entweder die Berückſichtigung der juriſtiſchen **postumi** auf die Zukunft hin ganz läugnet, oder daß man ſie allgemein zuläßt, und in beiden Fällen Inſtitution und Exheredation gleich behandelt. Es ſcheint mir daher, wie geſagt, lediglich aus jenem Satze: **exheredationes non esse**

8) Beides ſcheiden die Römer ſehr genau. In der **lex Velleja** iſt ſtets das permittit instituí und das vetat rumpi zu trennen. Bei einem ſchon vorhandenen extraneus verſteht ſich Erſteres von ſelbſt, und nur das Letztere kommt in Betracht, wenn er dann ſpäter suus wird. Das Verbot der Ruption folgt gar nicht daraus, daß es erlaubt ſei, Jemanden einzuſetzen.

Digitized by Google

adjuvandas, erklärt werden zu können, daß die angegebene Mittelmeinung so viele Anhänger fand.

Deßhalb aber kann es auch gar nicht auffallen, daß es Römische Juristen gab, welche, wenn sie einmal die Ansicht des Gaius verlassen wollten, nun auch geradezu das Umgekehrte sagten, und nicht auf halbem Wege stehen blieben. Diese wandten also das Princip der lex Velleja ganz vollständig auf die juristischen postumi an [9]). Hieher ist, wie ich nicht anders einsehen kann, Ulpian zu rechnen.

XXIII. 2. und 3. — Agnatione (rumpitur testamentum) id est, si suus heres agnascatur, qui neque heres institutus, neque ut oportet exheredatus est. Agnascitur suus heres aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conve-

---

9) Freilich ist auch überhaupt streitig, ob die lex Velleja für natürliche postumi die Exheredation erlaubt habe. Aber mir scheint dies unbedenklich bejaht werden zu müssen. Allerdings spricht das fr. 29. de lib. et post. immer nur von der Institution, aber man muß bedenken, daß die ganze Frage sich nur darum dreht, ob Jemand jetzt, wo er noch kein Notherbenrecht hat, bereits in Bezug auf die spätere Erwerbung desselben berücksichtigt werden könne. Die Berücksichtigung aber enthält die Alternative der Institution oder Exheredation. Der Kürze wegen sprach man hier bloß von der Institution, und nahm es als sich von selbst verstehend an, daß, was von dieser gelte, auch auf die Exheredation Anwendung finde. — Ganz augenscheinlich geht dies aus Ulpian. XXII. 19. hervor, wo bei der lex Velleja auch nur von der Institution die Rede ist, aus der dann aber die Möglichkeit der Exheredation (§. 21.) sich von selbst ergiebt. — Wenn auch die Römer in einzelnen Fällen die Institution mehr begünstigten, als die Exheredation, so waren sie doch wahrlich nicht gemeint, diese Alternative, die ein entschiedenes patrium jus war (fr. 132. pr. de verb. obl.), zu verwischen. Gegen den ungerechten Gebrauch von Seiten des Vaters, war die querela inoff. ein genügendes Hülfsmittel. — Und was gewinnt man mit jener entgegengesetzten Ansicht? Da doch die Möglichkeit, postumi zu exherediren, entschieden feststeht, so muß man zu der unwahrscheinlicheren Aushülfe fliehen, daß erst die Juristen hierin die lex Velleja erweiternd interpretirt hätten. — Zuletzt muß ich noch an jenes Sct. unter Hadrian erinnern (Gai. II. 143.), wo auch ausnahmsweise der juristische postumus nicht rumpiren soll, und hiebei steht die Exheredation der Institution ganz gleich.

Digitized by Google

niendo, aut in locum sui heredis succedendo .... aut manumissione.

Es ſcheint mir rein unmöglich, daß Ulpian die Exheredation, welche doch bei den durch Geburt und **successio in locum sui heredis** Agnascirenden zuläſſig war, nicht auch auf die zwiſchendurch genannten Fälle der juriſtiſchen **postumi** habe ausgedehnt wiſſen wollen. Und dies kann auch nicht durch eine andere Stelle Ulpians widerlegt werden (**fr. 8. pr. de inj. rupt.**), wo es heißt:

Verum est, adoptione vel arrogatione filii filiaeve testamentum rumpi, quoniam sui heredis agnatione solet rumpi.

Auf den erſten Blick ſcheint hier Ulpian die Anſicht des Gaius vorzutragen, aber er ſagt ja nicht wie Letzterer: **omnimodo rumpitur**, und ſo können wir unbedenklich annehmen, daß er vorausſetzt, der **adoptatus** müſſe präterirt ſein. Wir haben glücklicher Weiſe ein ſehr frappantes Beiſpiel einer ganz ähnlichen Redeweiſe mit derſelben Vorausſetzung. Tryphonin ſagt in **fr. 28. §. 1. de lib. et post.** ganz allgemein: **rumpetur ergo testamentum.** Dann aber fügt er hinzu: **Sed si institutus vel exheredatus sit, non rumpetur.** Und ſo würden auch wohl Ulpians Worte, wenn wir das Vorausgehende beſäßen, woran ſie ſich anſchloſſen, allen Schein des Zweifelhaften verlieren. —

Vielleicht iſt auch Marcellus derſelben Anſicht wie Ulpian geweſen. Bei dem Soldatenteſtament iſt nicht die ausdrückliche Exheredation nöthig, ſondern nur der Wille, daß man den Notherben ausſchließen wolle. Nun heißt es in **fr. 7. und 8. de test. mil.**

Ulpianus. — Qui jure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur;

Marcellus. — Idem est, et si arrogaverit filium, neposve successerit in locum filii.

Darin liegt doch die Vorausſetzung, daß man überhaupt einen ſpäter Arrogirten im Voraus exherediren könne, indem

Digitized by

das Privilegium des Soldaten, soviel ich weiß, nur darin besteht, daß er die Exheredation nicht besonders auszusprechen brauchte. —

Wie steht es nun mit der Behandlung dieser Controverse im Justinianeischen **Corpus juris**? Hiefür werden heutzutage immer nur jene beiden Pandektenstellen von Scävola und Papinian angeführt, und ich finde nirgends bemerkt, daß auch die Stelle des Gaius in die Institutionen recipirt ist[10]). Jedenfalls wird man die Compilatoren nicht wegen zu großer Sorgfalt beloben können, und es ist eigentlich ganz unsicher, welcher Ansicht sie sich zugeneigt haben. In der Institutionenstelle ist freilich das **omnimodo**, welches Gaius vor **rumpitur** noch setzt, gestrichen. Aber dies kann auch bloß geschehen sein, weil der Gegensatz fehlt, um dessentwillen Gaius dies Wort gebraucht. Gaius handelt bis zum §. 137. von den natürlichen **postumi**, für welche die **lex Velleja** galt, und dann gleich im §. 138. von den juristischen **postumi**, auf die er das Princip der **lex Velleja** gar nicht ausgedehnt wissen will. In den Justinianeischen Institutionen aber sind zwischen diese beiden Lehren die Titel 14—16 des zweiten Buchs geschoben worden, und so hatte im §. 1. des siebzehnten Titels das Wort **omnimodo** gar keine Beziehung mehr. Nichtsdestoweniger behalten die stehengebliebenen Worte **testamentum ejus rumpitur** denselben absoluten Sinn, in welchem sie Gaius nahm, und in welchem auch gleich im folgenden § gesagt wird: **posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur.**

Es liegt hier mithin eine Institutionenstelle vor, die überdem noch von den Compilatoren für das damalige Recht der Adoption wesentlich umgebildet worden ist, also nicht wohl aus einem Versehen erklärt werden kann, während dies viel

---

10) §. 1. I. quib. mod. test. infirm. — Rumpitur autem testamentum, quum in eodem statu manente testatore, ipsius testamenti jus vitiatur. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per Praetorem secundum nostram constitutionem eum, qui in potestate parentis fuerit, **testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.**

Digitized by Google

eher ſich von den Pandektenſtellen des Scävola und Papinian ſagen läßt, da überdem jene Stelle von Ulpian (fr. 8. pr. de inj. rupt.) in der Juſtinianeiſchen Geſtalt ganz mit der Anſicht des Gaius übereinſtimmt. Man kann alſo ſehr wohl der Meinung das Wort reden, daß Juſtinian ganz auf dem Standpunkte ſtehen geblieben ſei, den die Geſetzgebung noch unter Hadrian einnahm.

Hält man aber dieſe Gründe nicht für genügend, ſo ſcheint mir dann noch am Erſten Ulpians Anſicht als die Juſtinianeiſche angenommen werden zu müſſen, obgleich jene Stelle aus den Fragmenten nicht in die Compilation aufgenommen worden iſt. Die Stellen, worin uns die Mittelmeinung von Labeo, Caſſius, Javolenus, Scävola und Papinian angeführt wird, ſprechen ja lediglich von der Inſtitution, die Exheredation wird gar nicht erwähnt. Freilich können wir nun namentlich durch Vergleichung mit Gaius II. §. 140. mit ziemlicher Sicherheit annehmen, daß alle dieſe Juriſten die Exheredation der Inſtitution nicht gleichgeſtellt haben. Aber das kommt doch für die Juſtinianeiſche Compilation nicht in Betracht, worin die Exheredation gar nicht beſonders hervorgehoben wird. Vielmehr können wir hier nur ſagen: da Juſtinian entſchieden anerkennt, daß **postumi** im Voraus inſtituirt oder exheredirt werden könnten, daß ſie nur im Fall der Prätérition das Teſtament rumpiren [11]), ſo haben wir anzunehmen, daß er dieſe Vorausſetzungen, da er nachher bei den juriſtiſchen **postumi** nichts Entgegengeſetztes ſagt, allgemein habe gelten laſſen wollen. Den §. 1. quib. mod. test. infirm. haben wir mithin ſo zu interpretiren, daß die **agnatio sui heredis** nur dann rumpirt, wenn dem §. 1. I. de exher. lib. gemäß der **postumus** präterirt iſt, alſo ganz ebenſo, wie jenes Ulpianſche fr. 8. de inj. rupt. ſchon nach Ulpians eigener Anſicht zu verſtehen iſt. Dagegen haben wir fr. 6. pr.

11) §. 1. I. de exher. lib. — Postumi quoque liberi vel heredes instituí debent, vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus, sive masculini praeterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur.

Digitized by

fr. 23. §. 1. de liberis et post. fr. 18. de inj. rupt. auf der einen Seite (worin von der Institution die Rede ist) und fr. 7. u. 8. de test. militis auf der anderen Seite (worin Marcellus von der Exheredation spricht) lediglich als Ausflüsse und Anwendungen der allgemeinen Regel zu betrachten, wonach Justinian das Princip der lex Velleja, also die Möglichkeit der Institution und Exheredation, vollständig für alle postumi, ohne weitere Unterscheidung der physischen und juristischen, hat gelten lassen wollen.

§. 101. Durch das im vorigen § Gesagte sind wir in den Stand gesetzt, das Jahr, in welchem die lex Velleja gegeben wurde, genau zu bestimmen.

In den consularischen Fasten finden sich zwei Jahre, das eine unter August (763.), das andere unter Claudius (799.), in denen beiden ein Junius (Silanus) und ein Vellejus (Tutor) zusammen Consuln waren. In dem ersteren Beide als suffecti. — Danach tritt Mühlenbruch den Worten Schraders in der Institutionenausgabe bei: quando haec lex lata sit, parum constat, während die meisten Schriftsteller sich für das Jahr 763. entscheiden, aus Gründen, die freilich wenig darthun. Der bisher übersehene Beweis aber, daß in der That das Gesetz unter Augustus gegeben sein muß, liegt in dem schon citirten fr. 6. pr. de lib. et post. Denn Labeo nahm bereits an, daß ein spado einen postumus instituiren könne, weil er adoptiren darf, und dies ist eben die Ausdehnung des Princips der lex Velleja auf die juristischen postumi, mithin muß das Gesetz in die Lebenszeit dieses Juristen gesetzt werden.

Vergleichen wir nun damit die Data, welche uns für die Entstehungszeit der c. t. b. p. aufbewahrt worden sind. Man hat sich hiebei vielfach auf Punkte berufen, deren Beweiskraft ich in keiner Weise anerkennen kann.

Es wird nämlich von vielen Schriftstellern das Bestehen dieses Institutes schon gegen das Ende der Republik hin angenommen. Förster [1]), der sich auf Sartorius [2]) beruft, führt

1) l. c. p. 142.

2) Diss. de bon. possessione, quam c. t. parentum liberi agno-

Digitized by Google

als Grund dafür an, daß das **Carb. edictum**, welches sich doch hauptsächlich auf die **c. t. b. p.** stützt, unzweifelhaft bereits in dieser Zeit bestanden habe.

Die Gründe, welche Sartorius für diese Behauptung hat, kenne ich nicht [3]), aber es läßt sich dieselbe vollkommen zugeben, ohne daß daraus für das Bestehen der **c. t.** das Geringste folgte. Das im §. 80. Gesagte führt dies von selbst mit sich. Das **Carb. edictum** ist ein Recht derselben **liberi**, welchen auch die **c. t.** zusteht. Aber die letztere erscheint gar nicht die nothwendige Voraussetzung, ohne welche jenes Institut nicht denkbar wäre. Beide sind eigenthümliche Rechte der **sui**, und es verstand sich ziemlich von selbst, daß seitdem eine **c. t. b. p.** bestand, das **Carbonianum edictum**, mag es nun schon vorher existirt haben oder nicht, daran angelehnt, oder wie Ulpian sagt, der **c. t. b. p.** angepaßt wurde [4]).

Ein fernerer Grund, daß die **c. t.** bereits zu Ciceros Zeit bestanden habe, wird von Huschke [5]) darin gefunden, daß theils die **missio ventris nomine**, theils die **c. t. b. p.** des Patrons zu dieser Zeit entschieden schon eingeführt waren. Aber von dem ersteren Institute gilt noch mehr das, was ich eben vom **Carbonianum edictum** sagte (s. §. 79.), denn hier ist ja gar nicht einmal jene auch nur formelle Verbindung mit der **prima pars edicti** in den Quellen vorhanden.

Was aber die **b. p.** des Patrons betrifft, so ruht diese auf so ganz von Grund aus verschiedenen Principien, daß wegen der Gleichheit des Namens durchaus nicht aus dem Bestehen des einen Instituts auf das des anderen geschlossen werden kann. Ich werde auf dies Recht des Patrons noch bei einer anderen Gelegenheit zurückkommen müssen. Ueberdem

---

scunt. Lips. 1775. Mir ist diese Schrift, trotz vielfacher Nachforschungen, nicht zugänglich gewesen.

3) Wenn es nicht der ist, daß Labeo die Carboniana b. p. bereits kennt. Fr. 9. de Carb. ed.

4) Fr. 3. pr. de Carb. ed. — Carbonianum edictum aptatum est ad c. t. b. p. et intestati, quum et in sec. tab. in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum.

5) Richterſche Jahrb. 1839. I. S. 18.

Digitized by Google

kennen wir ja auch das Edict über die b. p. in der Gestalt, die es zu Ciceros Zeit hatte, und diese scheint mir, wie bereits im ersten Bande hervorgehoben wurde, mit der gleichzeitigen Existenz der c. t. b. p. völlig unvereinbar.

Hiernach bleibt nur ein einziger sicherer Anhaltspunkt für die Entstehungszeit der c. t. b. p. übrig, nämlich der, daß Labeo dies Institut bereits entschieden gekannt hat [6]). Huschke will freilich daraus auf eine noch frühere Zeit zurückschließen, da sie bei diesem Juristen bereits „als etwas Bekanntes, und schon mit einer Ausdehnung“ vorkomme. Die Worte der angeführten Stelle lauten nämlich folgendermaßen:

> **In adoptionem datos filios non summoveri Praetor voluit, modo heredes instituti sint. Et hoc justissime eum fecisse, Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt.**

Daß die c. t., seitdem sie überhaupt im Edict proponirt war, von Labeo als etwas Bekanntes erwähnt wird, kann uns freilich, wie von jedem anderen Satze des Edicts, nicht Wunder nehmen. Daß aber hier schon von einer Ausdehnung der c. t. die Rede sei, muß ich läugnen. Sie wurde eingeführt, um die Accrescenzerben gegen die **extranei** zu begünstigen, unter den **sui** aber eine gleichmäßige Vertheilung der Erbschaft herzustellen. Die Frage also, wen man zu den **extranei**, oder umgekehrt zu den **sui** zählen solle, mußte sich gleich zuerst aufdrängen; und in dieser Weise mußte, wie ich bereits im vorigen Kapitel ausgeführt habe, der in **adoptionem dati** sogut wie der **emancipati** gleich von Anfang an gedacht werden. Die Einführung der c. t. fällt schon in die Blüthe der Römischen Jurisprudenz, und da kann es uns doch nicht wundern, daß in dem Institute gleich mit gehöriger Ueberlegung Alles das aufgenommen wurde, was bei dem Zwecke, um dessentwillen man es aufstellte, und bei einem etwas geübten juristischen Nachdenken unmöglich übersehen werden konnte. Ist doch auch Labeos Ausspruch eben nur ein Lob, daß der Prätor sein Princip richtig auch bei den in adopt. dati durchgeführt habe, und dazu konnte der Jurist gerade bei einem erst neuer-

---

6) Fr. 8. §. 11. de b. p. c. t.

Digitized by Google

dings eingeführten Institute am leichtesten veranlaßt werden. —

Ziehen wir jetzt den Schluß, so findet sich also, daß Labeo die **lex Velleja** und die **c. t. b. p.** bereits beide gekannt hat; und nur für den Lebenskreis dieses Mannes ist es ungewiß, welches Institut das frühere sei. So steht denn auch nichts entgegen, in Folge der eben angegebenen inneren Gründe anzunehmen, daß die **lex Velleja** das vorangehende war, auf welche die **c. t.** sehr bald gefolgt sein kann.

Ist es zu verwundern, wenn in der damaligen Zeit, wo man wahrlich im Stande war, Mängel des Rechtszustandes bald zu entdecken, in dem Kopfe eines klugen und billigen Prätors alsbald ein Rechtsinstitut ausgedacht wurde, welches er auch ins Leben einzuführen nicht zu zögern brauchte, da er weder über den Beifall des Volks noch der Juristen in Zweifel sein konnte. Es würde unnatürlich sein, anzunehmen, daß nicht bedeutende damals lebende Juristen, wenn sie nicht selbst Prätoren wurden, doch von den dazu Erwählten zur Berathung des aufzustellenden Edicts hinzugezogen worden wären, und daß sie nicht das aufgestellte alsbald der weiteren wissenschaftlichen Critik unterworfen hätten. Es ist, wie ich schon hervorhob, eine und dieselbe Rechtsentwicklung, daß man von der einen Seite das Notherbenrecht der **postumi** beschränkte, von der anderen Seite das der Accrescenzerben erweiterte, damit ein im Wesentlichen gleiches Notherbenrecht allen **sui heredes** zu Theil werde. Die geringe Zeit, welche zwischen den **postumi Aquiliani** und **Vellejani** liegt, überhaupt der Umstand, daß man diesen Gegenstand eines eigenen Volksschlusses werth hielt, zeigt wie viel Werth die Römer auf diese Rechtsentwicklung [7]) gelegt haben. Und so mag die **c. t.** in noch kürzerer Zeit der **lex Velleja** gefolgt sein, als diese sich an die Formel des Gallus Aquilius anschloß.

§. 102. Es bleibt nun noch die genauere Untersuchung

---

7) Die doch so rein privatrechtlich ist, während man im Allgemeinen leges nur findet, wo noch ein öffentliches Interesse hinzukam. Puchta Cursus der Inst. I. S. 285.

Digitized by

übrig, welches Ursprunges jene Regel gewesen sein möge, daß man die Kinder männlichen Geschlechtes **nominatim**, die Weiber dagegen nur **inter ceteros** zu exheredіren habe [1]).

Wir müssen freilich immer vor Augen behalten, daß sie möglicherweise zuerst vom Prätor in der **c. t.** aufgestellt wurde; und dann erst von dieser auf das Recht der **postumi** übertragen ist. Freilich folgt daraus noch keineswegs mit Nothwendigkeit, daß nun auch die **c. t.** vor der **lex Velleja** schon bestanden haben müsse. Es ist vollkommen denkbar, daß das Recht der **postumi**, wie jenes Gesetz es regulirte, die Veranlassung des Prätorischen Institutes wurde, man aber anfangs bei den **postumi** ebensogut wie bei den **sui jam nati** den Sohn allen Uebrigen entgegensetzte, und erst mit der Zeit jene Berücksichtigungsvorschrift aus dem Prätorischen Recht auch für das Civilrecht adoptirte.

Aber auch dies ist mir nicht wahrscheinlich. Die Quellen enthalten nicht die geringste Andeutung, daß wir hier das Prätorische Recht als das Vorbild, das Civilrecht als die Nachahmung aufzufassen hätten, und so ist es denn schon von vorn herein das am nächsten Liegende, daß wenn sich überhaupt nicht wohl denken läßt, wie man vor der **lex Velleja** auf die **c. t.** hätte kommen können, nun auch jener specielle neue Rechtssatz in dem Gesetze seine Wurzel haben müsse. Und hierauf führen uns auch in der That die Quellenaussprüche, die aber freilich, wenn man sie alle in vollkommenen Einklang mit einander bringen will, ganz eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten, so daß von einer vollen Sicherheit wohl bei keinerlei Meinung die Rede sein kann.

Es ist eine sehr bekannte Ansicht, daß die **lex Velleja** sich überhaupt nur auf **postumi männlichen Geschlechts** bezogen habe, weil in der damaligen Zeit das testamentarische Erbrecht in Gemäßheit der **lex Voconia** den Frauen versagt gewesen sei [2]). Wenn dies richtig ist, so leuchtet es ein, daß auch die **c. t. b. p.**, welche ja in dieselbe Zeit fällt, ebenfalls nur männlichen Accrescenzerben zugestanden haben könne. Die

1) Gai. II. 132. Ulp. XXII. 21. 22.

2) Francke a. a. O. S. 31. Note 38. Mühlenbruch a. a. O. S. 214.

Digitized by Google

Frage betrifft also direct auch das Institut der b. p., obgleich man sie freilich in Bezug auf diese nicht gerade besonders besprochen hat. Es würde also, wenn wirklich anfangs die c. t. so beschränkt gewesen wäre, zu untersuchen sein, durch welche Gründe sie dann auch auf die weiblichen Accrescenzerben ausgedehnt worden, in welcher Gestalt sie uns von Gaius (II. 124. 125.) vorgetragen wird.

Die hauptsächliche Veranlassung zu der Ansicht, daß wegen der **lex Voconia** die **Velleja** auf männliche **postumi** beschränkt gewesen sei, haben die Worte der letzteren gegeben, welche Scävola in **fr. 29. §. 12. de lib. et post.** in abgerissener Art citirt. Der Jurist will hier nämlich darthun, daß nach dem ersten Kapitel der **lex Velleja** Jeder instituirt werden kann, der **vivente testatore** als dessen **suus heres** geboren wird, wenn er auch, zur Zeit der Testamentserrichtung geboren, nicht sogleich **suus heres** geworden wäre. Scävola beruft sich hiefür auf die allgemeinen Ausdrücke des Gesetzes:

> **Qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt. . . .**

Während dem Scävola daran liegt, die Worte: **qui ei sui heredes futuri erunt** hervorzuheben, so interessirt uns hier die Frage, welcher Schlußsatz sich in der **lex Velleja** an die nebenbei mit angeführten Worte: **is omnes virilis sexus** geknüpft haben möge. Aus Scävolas Deduction ist offenbar hiefür nichts zu entnehmen, da er den uns interessirenden Passus gar nicht zu erklären die Absicht hat. Es müßte also erst aus anderen Gründen dargethan werden, daß derselbe eine Beziehung auf die **lex Voconia** enthält, so daß er nicht wohl umgekehrt gleich zur Bestätigung der Ansicht benutzt werden kann, es sei damals noch immer nicht die Erbeinsetzung der eigenen Tochter gestattet gewesen [3]).

Ebensogut nämlich, wie die fraglichen Worte auf die **lex Voconia** gedeutet werden können, lassen sie sich jedenfalls auch auf unsere Berücksichtigungsvorschrift beziehen, wie dies schon Cujacius angenommen hat [4]). Und an und für sich müßten

---

3) So schließt Mühlenbruch a. a. O.

4) Comm. ad tit. D. de lib. et post. ad l. 4. u. 29.

Digitized by Google

wir beide Deutungen als möglich dahin gestellt sein lassen, wenn nicht besondere Gründe hinzukämen, welche der letzteren den Vorzug geben.

Es ist vorerst nicht außer Acht zu lassen, daß die **lex Voconia** nur ein singuläres Gesetz war, während durch die **lex Velleja** ein **jus commune** eingeführt wurde. Jene bezog sich nämlich nur auf die Testamente der in die erste Censusklasse eingeschriebenen Bürger. Wenn nun auch die **lex Velleja** für diesen Fall die weiblichen **postumi** ausschloß, so mußte sie doch auf die übrigen Censusklassen ebenfalls Rücksicht nehmen, und für diese kann natürlich jetzt bereits der Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Geschlechts eingeführt worden sein, so daß die Gegner doch immer die Möglichkeit zugeben müssen, daß in den angeführten Worten der **lex Velleja** von dieser Berücksichtigungsvorschrift und nicht von der **lex Voconia** die Rede war. — Aber es kommt noch ein anderer Umstand hinzu, auf den bereits *Cujacius* aufmerksam macht. Es wird gewiß allgemein zugegeben werden, daß die Formel des Aquilius Gallus, welche der **lex Velleja** vorausging, keine größere Ausdehnung gehabt haben kann, als diese letztere; denn Aquilius mußte doch auf dem bestehenden Rechte fußen, und wenn die **lex Voconia** zu seiner Zeit noch für die Kinder galt, so konnte er unmöglich seine Formel so allgemein fassen, wie er es gethan hat: **sive quis mihi nepos, sive quae neptis** [5]). Eine Interpolation der Compilatoren, wodurch die Rücksichtnahme auf die **lex Voconia** gestrichen worden wäre, ist doch bisher noch nicht vermuthet, und auch nicht wahrscheinlich.

Hiernach müssen wir also wohl annehmen, daß zur Zeit der **lex Velleja** die Einsetzung der weiblichen Descendenten überhaupt möglich, mithin in diesem Punkte die **Voconia** antiquirt war. Und damit stimmt denn überein, daß wir so gar keine Spuren haben, die **c. t.** sei nicht gleich von Anfang an für alle Accrescenzerben, auch die **filiae** und **neptes**, eingeführt worden. Gaius hebt bei der Darstellung des Accrescenzerbrechtes, das dann, wie er hinzufügt, durch die **c. t.**

5) **Fr. 29. pr. de lib. et post.**

Digitized by Google

b. p. verbeſſert wurde, die filia ganz beſonders hervor, und danach iſt es nicht glaublich, daß zur Zeit, als die c. t. eingeführt ward, dies Accrescenzerbrecht den Weibern noch gar nicht zugeſtanden hätte, alſo die c. t. nur für die nepotes aufgeſtellt, und erſt ſpäter auf filiae und neptes ausgedehnt worden wäre. Beſtand aber für dieſe ſchon zur Zeit des Auguſtus das Accrescenzerbrecht, ſo können natürlich auch die Beſchränkungen der lex Voconia damals nicht mehr gegolten haben [6]). —

Aus den angeführten Gründen folgt, daß wir jenen fragmentariſchen Satz der lex Velleja auf die Vorſchrift, alle postumi männlichen Geſchlechts nominatim zu exheredіren, beziehen müſſen. Und dies ſtimmt nun auch mit einzelnen Ausſprüchen der Quellen zuſammen, welche dieſe Vorſchrift der lex Velleja ganz entſchieden zuſchreiben [7]). Aber ſo einfach, wie die Sache Manchem in Folge deſſen geſchienen hat [8]), iſt ſie nun doch nicht. Es giebt nämlich noch andere Stellen, die eine directe Zurückführung unſeres Satzes auf klare Worte der lex Velleja ganz unmöglich machen. Ulpian läßt die Vorſchrift der namentlichen Exheredation entſchieden nur für

---

6) Ich kann auf die lex Voconia ſelbſt hier nicht weiter eingehen. Vielleicht hat das Inſtitut der partitio legata, auf deren Zuſammenhang mit der l. Vocon. Bachofen aufmerkſam gemacht hat, den Anlaß zur Entſtehung des Accrescenzerbrechtes gegeben. Es war Sitte, den Töchtern in Concurrenz, mit anderen Geſchwiſtern einen Viriltheil zu legiren, extranei gegenüber konnten ſie nach der lex Voconia nur die Hälfte bekommen. Nun lag es nicht fern, da es ſich doch um eine Quote der Erbſchaft handelte, den Charakter des Legats abzuſtreifen, und dieſe Quote, auch wenn ſie präterirt waren, als ihnen hinterlaſſen zu fingiren. Das iſt aber grade jenes Accrescenzerbrecht, worin man nun leicht die nepotes der filia gleich behandeln konnte, da Beide ja auch in Bezug auf das Verkaufsrecht ſich gleich, und dem Sohne, der dreimal verkauft werden mußte, gegenüber ſtanden.

7) Fr. 3 §. 1. de inj. rupt. §. 2. I. in fin de exhered. lib.

8) Winkler de lege Junia Velleja (opusc. I. p. 277.) reſtituirt den Satz folgendermaßen: qui testamentum faciet, is omnes virilis sexus, qui ei sui heredes futuri erunt, instituendi vel nominatim exheredandi potestatem habeto.

Digitized by Google

den filius postumus gelten, während er sie für die übrigen masculi postumi nur zweifelnd hinstellt.

> **XXII. 22. Nepotes et pronepotes ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati sunt exheredandi: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari, et id observatur magis.**

Ulpian könnte gar nicht so sprechen, wenn eine klare gesetzliche Vorschrift vorhanden gewesen wäre. Es war vielmehr Gewohnheitsrecht, auf welche sich die Gleichstellung der nepotes mit den Söhnen direct stützt. Ganz dasselbe beweist auch Gaius, der hier wohl unbedenklich aus den Justinianeischen Institutionen restituirt werden darf:

> **II. 132. Masculos vero postumos, id est filium et deinceps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur.**

Man sieht, es war die gemeinsame Ueberzeugung der Juristen (placuit), wonach der Enkel nicht schlechter stehen sollte als der Sohn, und wir können auch wohl nicht zweifeln, daß dies zur ganz feststehenden Praxis wurde. Ulpians Worte scheinen dem freilich entgegenzustehen, aber seine Ausdrucksweise ist mehr dem Scheine als der Sache nach von Gaius verschieden. Er meint, eigentlich müsse doch für die postumi derselbe Unterschied zwischen dem filius und den Uebrigen wie bei den jam nati bestehen, aber dennoch sei es räthlicher, sich nicht hiernach zu richten, und die Worte: **et id observatur magis** haben wohl keinen schwächeren Sinn, als das **placuit** des Gaius, d. h. es war ganz anerkannte Praxis, wie dies auch Ulpian in einer anderen Stelle unzweideutig ausspricht.

> **Fr. 3. pr. de inj. rupt. Postumi per virilem sexum descendentes ad similitudinem filiorum nominatim exheredandi sunt, ne testamentum agnascendo rumpant.**

Diese Stelle muß freilich, wie schon Cujacius bemerkt, wegen der l. 4. C. de lib. praet. darin interpolirt sein, daß man **postumi per virilem sexum descendentes** für **postumi virilis sexus** setzte, welches Letztere Ulpian lediglich

Digitized by Google

geschrieben haben kann. Im Uebrigen aber sehen wir deutlich daraus, daß Ulpian ebenso wie Gaius die Vorschrift der namentlichen Exheredation für **nepotes** als etwas durchaus Feststehendes betrachtete.

Wie lassen sich alle diese widerstrebenden Andeutungen der Quellen vereinigen? Wir haben ein Bruchstück der **lex Velleja** selbst, welches nicht wohl von etwas Anderem als der namentlichen Exheredation der **postumi** männlichen Geschlechts geredet haben kann, es bezeugen außerdem mehrere Stellen, daß die **lex Velleja** eine derartige Bestimmung enthalten habe, und doch soll sie nun nach anderen durch Gewohnheitsrecht, durch die Uebereinstimmung der Juristen hervorgerufen sein? Es scheint sich dies schwer mit einander zu reimen, aber dennoch ist eine lösende Antwort, bei der alle Aussprüche der Quellen ihr Recht behalten, möglich. Dies wird aus Folgendem sich ergeben.

Mühlenbruch nimmt an [9]), daß im ersten Kapitel der **lex Velleja**, in welchem jedenfalls die Worte: **is omnes virilis sexus** standen, keine Bestimmung über Exheredation enthalten sein konnte. Aber dies kann ich nicht zugeben. Allerdings unterscheidet Scävola beide Kapitel so, daß die **lex** im ersten »**permittit ut liceat instituti**«, im zweiten dagegen »**non permittit institui sed vetat rumpi**«. Der Gegensatz ist also der, daß die Bestimmungen der **lex** im ersten Kapitel positiv, im zweiten negativ sind. Aber darin liegt nicht, daß im ersten Kapitel nicht auch von der Exheredation die Rede habe sein können, ja müssen, wenn die positiven Bestimmungen vollständig sein sollten; und ich kann keineswegs finden, daß Scävola im **fr. 29. §. 12. cit.** so recht geflissentlich nur von der Institution gesprochen habe, indem der Jurist hier gar nicht von dieser im Gegensatz der Exheredation redet, sondern von der Zeit, wann der **filius** weggefallen sein müsse, damit der **nepos** gehörig berücksichtigt scheine.

Man muß nur, wie ich schon oben bemerkte, (§. 100. Note 9.) bedenken, daß die Juristen gar kein Interesse hatten, noch besonders die Exheredation zu erwähnen, da es allgemein

9) a. a. O. S. 212.

Digitized by

auf die Frage ankam, ob postumi berücksichtigt werden konnten, und unter dieser Voraussetzung fand man es unnöthig, noch immer ausdrücklich die Exheredation der Institution für gleichartig zu erklären. Anders aber mußte man bei der Fassung der lex selbst verfahren, in der sonst eine Undeutlichkeit gelegen hätte, welche vermeiden zu müssen, doch so sehr nahe lag.

Dieses Beides, sowohl die Darstellungsart der Juristen, als die davon abweichende Fassung der lex, geht aus fr. 29. §. 6. cit. hervor, wo offenbar aus dem ersten Kapitel argumentirt wird.

> **Melius ergo est, ut in ejusmodi utilitate, praesertim post legem Vellejam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus.**

Der Jurist setzt hier die Institution der Präterition entgegen, ohne der dritten Möglichkeit, der Exheredation, zu gedenken, und diese kann unmöglich mit in der Präterition begriffen sein, er muß sie also für ganz gleichartig mit der Institution gehalten haben. Von der anderen Seite aber könnte der Jurist nicht so entschieden von der Ruption durch Präterition sprechen, wenn nicht das erste Kapitel der lex Velleja nur noch in diesem Falle die Vernichtung des Testamentes anerkannt, also umgekehrt die Institution und Exheredation erlaubt hätte. Wir dürfen mithin annehmen, daß der Jurist, wenn er die Ansicht gehabt hätte, vollständig zu sprechen, gesagt haben würde: **lex permittit, ut liceat institui vel exheredari.**

Außerdem scheint es mir kaum zweifelhaft, daß die lex Velleja in beiden Kapiteln noch den Satz enthalten habe, daß die **postumae inter ceteros** exheredirt werden könnten, sobald ihnen nur etwas legirt werde. Justinians Institutionen nämlich, und also auch wohl Gaius, tragen den Satz doppelt vor, sowohl für die, welche gleich bei ihrer Geburt sui sind, als

Digitized by Google

auch die, welche **in locum sui heredis** succediren. Und es geschieht mit besonderer Beziehung auf die **lex Velleja** [10]).

Hiernach mögen in dem ersten Kapitel der **lex Velleja** folgende zwei Sätze enthalten gewesen sein. Wie die Worte derselben gelautet, und ob sie in der Weise, wie ich es hier angebe, nebeneinander gestanden haben, dafür haben wir gar keine Anhaltspunkte. Es kommt mir also nur darauf an, den Sinn der Sätze anzugeben.

> Wer ein Testament macht, soll alle **postumi** männlichen Geschlechtes, welche ihm **sui heredes** sein werden, instituiren oder exheredіren dürfen. Den **postumae** muß, wenn sie nicht instituirt oder **nominatim** exheredirt sind, wenigstens etwas legirt werden.

Bei einer solchen Fassung erklären sich unsere Quellenaussprüche vollkommen. Es lag danach in der **lex Velleja** eine Undeutlichkeit, welcher durch die Interpretation der Juristen abgeholfen werden mußte. Von der namentlichen Exheredation war nur in Beziehung auf **postumae** ausdrücklich die Rede. Und so konnte Ulpian sagen, daß bei dem männlichen Geschlechte der Sohn und die **nepotes** eigentlich ebenso, wie wenn sie schon geboren waren, zu unterscheiden seien. Die allgemein überwiegende und auch sehr gut zu rechtfertigende Ansicht blieb aber doch, daß, da die **lex Velleja** nur bei den **postumae** ein **inter ceteros exheredare** erwähne, und nur unter der Voraussetzung einer Honorirung durch Legat erlaube, dies bei allen **postumi** männlichen Geschlechts nach dem Sinne des Gesetzes für unzulässig zu halten sei.

Wenn daher dieser Satz direct durch Uebereinstimmung der

---

10) Gai. II. 132. 134. §. 1. u. 2. I. de exher. liber. — Idque lege Junia Velleja provisum est, in qua simul **exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.** Es ist hier vom zweiten Kapitel die Rede, und indem uns bezeugt wird, daß man hier bei den quasi postumi auf die Exheredationsart der postumi verwiesen habe, so folgt doch auch, daß bereits im ersten Kapitel von der Exheredation und dem modus exheredationis (d. h. der Frage ob nominatim zu exheredіren sei oder nicht) die Rede war.

Digitized by Google

Juristen festgestellt worden ist (placuit), so ruht er doch ganz auf einer Interpretation der lex Velleja, und deßhalb konnte Ulpian sehr wohl, ohne sich zu widersprechen, an einem anderen Orte sich so aussprechen, als wenn er ausdrücklich in dem Gesetze angeordnet worden wäre:

> Fr. 3. §. 1. de inj. rupto. — Sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur, ita demum per legem Vellejam rumpere testamentum prohibentur, si nominatim sint exheredati.

Daß Ulpian hier von den postumi virilis sexus redet, habe ich vorher schon bei der Mittheilung des Principiums dieses Fragments bemerkt. —

Ziehen wir nun das Resultat, um dessentwillen die in diesem §. enthaltene Untersuchung angestellt wurde. Wenn auch sich darüber nicht volle Sicherheit gewinnen läßt, wie die lex Velleja gesprochen habe, so scheint mir doch so viel nach dem Gesagten unläugbar, daß die Römer die namentliche Exheredation der männlichen postumi aus diesem Gesetze abgeleitet haben, daß für eine Entlehnung des Satzes aus dem Prätorischen Rechte gar keine Anhaltspunkte bestehen. Es bleibt daher nur die umgekehrte Annahme möglich, daß der Prätor sich auch hierin für seine c. t. b. p., indem er die lex Velleja so interpretirte, wie sämmtliche Juristen, an das Civilrecht anlehnte. Und somit sind wir im Stande, den historischen Zusammenhang, in welchen die c. t. b. p. eingriff, mit wenigen Worten hier am Schlusse zusammenzustellen:

Die sui waren in der Zeit des Augustus sämmtlich unter gleiche Regeln des Notherbenrechts vereinigt worden. Die Institution und Exheredation ist nicht bloß bei den schon Vorhandenen, sondern auch den später Geborenen möglich, in Beziehung auf die bedingte Institution blieben freilich Verschiedenheiten, rücksichtlich der namentlichen Exheredation aber wurde die Unterscheidung des männlichen und weiblichen Geschlechts, wie sie von jeher zwischen schon lebenden filii und filiae bestanden hatte, auf alle sui sowie auch die fingirten sui übertragen. Die Wirkungen der Präterition waren ebenfalls für sämmtliche liberi im Wesentlichen gleichartig geworden, indem wenn nicht wahre Intestatsuccession, doch wenig-

Digitized by Google

stens nach dem Bilde derselben eine in den materiellen Folgen gleiche Beerbung eintrat.

II. Die b. p. unde liberi.

§. 103. Zur Zeit, als die c. t. b. p. eingeführt wurde, bestand die Prätorische Intestaterbfolge aus den Klassen der **legitimi** (mit den Unterabtheilungen der **sui**, **agnati** und **gentiles**), ferner der **cognati** und endlich der Ehegatten. Als nun der Prätor die Emancipirten neben den **sui** zur selbständigen c. t. hinzuzog, erkannte er damit an, daß, indem er ihre **cap. diminutio** als nicht geschehen fingirte, sie gleiches Recht haben sollten, wie er den Accrescenzerben zugestanden, d. h., daß sie neben den **sui** an einer Succession Theil nahmen, welche der Intestaterbfolge materiell gleichstehende Befugnisse gewährte. Wenn also hier der Prätor im Gebiete des Notherbenrechts die **emancipati** der Intestaterbfolge annäherte, so mußte er doch nothwendig, wenn irgend eine Gleichmäßigkeit des Rechts vorhanden sein sollte, auch beim Nichtvorhandensein eines Testaments ihnen dieselben Rechte gewähren, welche bereits von Alters her den **sui** zugestanden hatten.

Also die Berufung der **emancipati** zur c. t. zog nothwendig auch ihr Intestaterbfolgerecht nach sich [1]), es ist gewissermaßen eine und dieselbe Rechtsänderung, welche sehr wohl zugleich mit jener Erweiterung der c. t. ins Edict aufgenommen sein kann, sowie es denn überhaupt das Grundprincip ist, daß alle Successionsregeln der c. t. b. p., namentlich die besonderen daran sich anschließenden Nebeninstitute [2]), von selbst auch bei der **b. p. unde liberi** statt finden. Deßhalb heißt es in **fr. 1. §. 5. si tab. test. null.**:

---

1) Dies ruht ebenso, wie die c. t., auf der Rescission der **emancipatio**. **fr. 6. §. 1. de b. p.**

2) Das **Carbonianum edictum fr. 1. §. 4. si tab. t. null.**, die Collationspflicht der **emancipati**, **fr. 6. si tab. t. null. fr. 20. §. 1. de b. p. c. t.**, die **nova clausula fr. 5. pr. §. 2. si tab. testam. nullae.** — Auch sind die Regeln, wen man hier unter dem **emancipatus** verstehe, dieselben wie bei der c. t. **fr. 1. §. 6. u. 7. fr. 4. fr. 5. §. 1. fr. 9. si tab. test. null.**

Digitized by Google

Recte autem Praetor a liberis initium fecit ab intestato successionis, ut sicuti contra tabulas ipsis defert, ita et ab intestato ipsos vocet. §. 6. Liberos autem accipere debemus, quos ad c. t. b. p. admittendos diximus.

Wir können also hiernach auch nicht zweifeln, daß wir die **b. p. unde liberi** als eine Folge der **c. t. b. p.** aufzufassen haben, während nicht umgekehrt die **c. t.**, die ja gar nicht für Emancipirte eingeführt wurde, durch die **b. p unde liberi** hervorgerufen sein kann. Die **c. t.** der Accrescenzerben hat mit der neuen Prätorischen Intestatklasse gar nichts zu thun, erst in der Erweiterung der **c. t.** auf die Emancipirten liegt ihr Veranlassungsgrund.

So viel haben wir, wie mich dünkt, als unzweifelhaft anzunehmen, im Uebrigen aber fehlen uns für die genauere historische Verbindung beider Institute alle Anhaltspunkte, und es kommt auch im Grunde darauf wenig an. Ob die **c. t.** der Emancipirten früher eingeführt wurde als die **b. p. unde liberi**, ob beide zugleich entstanden sind, wissen wir nicht. Ja es wäre auch denkbar, daß der Prätor zuerst bei der Intestatsuccession auf die Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** kam, daß er dies dann auch auf das Notherbenrecht erstreckte, und nun erst durch Uebertragung der für die **c. t.** bestehenden Rechtsgrundsätze die **b. p. unde liberi** die Gestalt bekam, welche unsere Quellen uns darlegen. Jedenfalls bleibt dabei immer der Satz bestehen, daß die **c. t.** das Vorbild ist, aus dem man die innere Gestaltung der neuen Klasse entnahm.

Aber so sehr auch das Notherbenrecht und die Intestaterbfolge der **emancipati** innerlich auf demselben Principe ruhen, so mußte doch die äußere Form ihrer Einfügung in das Prätorische Erbsystem durchaus verschieden sein.

Die **c. t. b. p.** war ein Prätorisches Institut, das von Anfang an einer Erweiterung nicht entgegenstand, so daß, als die Emancipirten den Accrescenzerben hinzugefügt wurden, man sehr natürlich diese Erweiterung durchaus nicht als ein neues Institut, eine neue Klasse, sondern als subjective Ausdehnung der bereits bestehenden Regeln ansah. Ganz anders aber mußte sich die Sache gestalten, als nun auch in der Intestat-

Digitized by Google

erbfolge die Gleichstellung der **emancipati** mit den **sui** bewirkt werden sollte.

Die erste Klasse, welche der Prätor bisher berief, waren allerdings die **sui**, und man könnte glauben, er habe nur diese Klasse in die der **liberi** zu erweitern brauchen, um die **emancipati** hinzuzuziehen. Aber nach dem Römischen Gesichtspunkte mußte dies als durchaus unmöglich erscheinen. — Diese erste Klasse wurde ja vom Prätor als erste Klasse des alten Civilrechts gerufen [3]), ganz so, wie auch die anderen beiden Klassen des **ordo unde legitimi**, die Agnaten und Gentilen, streng nach dem Rechte der 12 Tafeln die b. p. erhielten. Ebensogut wie es nun dem Prätor nach unserer obigen Darstellung unmöglich war, die Klasse der Agnaten zu erweitern, und darin auch die entfernteren Agnaten succediren zu lassen, wie er daher für die Letzteren eine eigene Klasse, den **ordo unde cognati** errichten mußte, so war auch für die **emancipati**, die unter den **legitimi** niemals eine Stelle finden konnten, kein anderes Mittel, als eine neue Klasse zu schaffen. Diese ließ sich aber nicht *hinter* den **sui** einschieben, weil sonst keine Gleichstellung der **sui** und **emancipati** bewirkt worden wäre, noch auch *vor* der Klasse der **sui** sich wenigstens in der Art aufstellen, daß darin die **emancipati** allein berufen wären, weil diese ja sonst wieder die **sui** hätten ausschließen können. So blieb mithin kein anderer Ausweg, als unter dem Gesichtspunkte der **liberi** die **sui** und **emancipati** *gemeinschaftlich* in einer dem **ordo unde legitimi** vorausgehenden Klasse zu rufen, welche also lediglich um der **emancipati** willen eingeführt ist, welche aber, um diesen weder ein besseres noch ein schlechteres Recht zu gewähren, nothwendig die Eigenthümlichkeit mit sich führen mußte, daß die **sui** jetzt zweimal hinter einander gerufen waren [4]). Endlich aber folgt

3) **Fr. 2. pr. unde legit. — Si repudiaverint sui ab intestato bonorum possessionem, adhuc dicemus, obstare eos legitimis, hoc est his, quibus legitima potuit deferri hereditas** (der Jurist bezeichnet damit etwas unbeholfen die Agnaten), **idcirco, quia repudiando *quasi liberi* bonorum possessionem, hanc incipiunt habere *quasi legitimi*. fr. 6. §. 2. de Carb. ed.**

4) Auffallend ist hier **fr. 1. pr. quis ordo in b. p. serv.**, wo Mode-

Digitized by Google

aus dem Gesagten, daß dieser ordo unde liberi nur insoweit impugnandi juris civilis gratia genannt werden kann, als jetzt den Emancipirten das Recht gegeben war, einestheils mit den sui zu concurriren [5]), und anderntheils die agnati ganz auszuschließen [6]). —

Das Wesen der b. p. unde liberi ist hiemit genügend entwickelt; es bleiben uns noch zwei besondere Fragen, die aber auch mit kurzen Worten beantwortet werden können.

Die eine ist nach den bedingenden und vernichtenden Beweisen dieser Klasse. Es leuchtet ein, daß der Prätor hier ebenso wie bei der c. t. b. p. eine Nachweisung im Allgemeinen verlangt haben muß, der Nachsuchende gehöre zu den liberi des Verstorbenen (§. 98. Nro. 3.); aber die vielen einzelnen Fragen, die hier über die Gültigkeit der b. p. entstehen

---

stin in der ersten Klasse nur die sui erwähnt, während Ulpian in fr. 1. §. 1. si tab. test. nullae sagt, die vier Klassen der Intestatsuccession seien die der liberi, legitimi, cognati, vir et uxor. Modestin thut dies, um hervorzuheben, daß die Emancipirten, welche er im §. 2. noch besonders erwähnt, als fingirte sui succediren. Ebenso haben wir schon gesehen, daß Gaius die Klasse unde liberi ihrem inneren Wesen nach lediglich als Emendation der schon für die sui bestehenden auffaßt (s. §. 68. Note 13.). Daher kam es, daß man nur den ordo unde legitimi, aus dem auch die Gentilen wegfielen, häufig ganz und gar mit der mittleren darin enthaltenen Klasse, der Agnaten, identificirte, weßhalb Gaius III. 27. die Agnatenklasse den secundus gradus nennt, und Julian in fr. 4. §. 1. quis ordo sagt, der filius werde zum zweitenmale (nicht als legitimus, wie es eigentlich heißen müßte, sondern) als agnatus gerufen. An und für sich ist dies nur eine verschiedene Ausdrucksweise, wodurch in der Sache nichts geändert wird. Aber mir scheint dies doch in einer wahren Rechtsänderung seinen Grund zu haben, daß nämlich seit Einführung des ordo unde liberi eine besondere Agnitionsfrist für die sui vor der Agnatenklasse nicht mehr berechnet wurde. Ich werde darauf im fünften Kapitel zurückkommen.

5) Fr. 10. de collat. fr. 3. de dot. coll.

6) Also gegen den scriptus heres hat sie keine Bedeutung, so daß dieser, dem gegen die c. t. b. p. kein Recht zusteht, die b. p. unde liberi zur sine re machen kann. S. das Bd. I. S. 237. erörterte fr. 2. si tab. test. null. — Uebrigens kann auch die b. p. unde liberi als eine c. t. fingirt werden. fr. 5. pr. de dol. coll.

Digitized by Google

können, weil der b. possessor nicht der Nächste in seiner stirps sei, weil er untergeschoben worden, oder schon vor der Agnition eine status mutatio erlitten habe, dürfen wir ebenso unbedenklich wie bei der c. t. b. p. zu den vernichtenden Beweisen zählen. Von dem letzteren Beispiele zeigt dies ausdrücklich fr. 9. si tab. test. null.:

> Si posteaquam filius emancipatus bonorum possessionem patris petiit, statum suam mutavit, nihil obesse ei, quominus id quod acquisiit, retineat (d. h. die b. p. wird dadurch nicht zur non data); quodsi prius conditionem suum mutavit, b. p. eum petere non posse.

Das prius deutet doch auf die Erbittung der b. p., welche trotz einer vorgängigen status mutatio vorgekommen sein kann, und eigentlich sagt der Jurist scheinbar widersinnig: quodsi prius quam petiit b. p. conditionem mutavit, b. p. eum petere non posse. Er will aber offenbar nichts Anderes ausdrücken, als daß, wenn die status mutatio schon bekannt ist, der welcher b. p. nachsuchen will, sie nicht erlangen kann, wogegen, wenn ihm dennoch die b. p. ertheilt worden war, er id quod acquisiit retinere non potest, d. h. die b. p. als nicht ertheilt angesehen wird.

Außerdem bestand für die Ertheilung der b. p. unde liberi noch die Bedingung, daß die vorausgehenden Fristen der b. p. contra und secundum tabulas unbenutzt verstrichen seien, ja auch wohl, daß nicht schon die scripti heredes durch her. aditio sich entschieden die Erbschaft angeeignet hätten (Note 6.). Dies setzt regelmäßig keinen vom Nachsuchenden zu liefernden Beweis voraus, aber es konnte umgekehrt durch einen vom Agnoscirenden zu liefernden Beweis die Ertheilung der b. p. unde liberi verfrüht werden, sobald er es nämlich als sicher herausstellte, daß wegen eines Mangels des Testamentes, oder wegen Repudiation der vorher Berufenen die vorausgehenden bonorum possessiones nicht eintreten würden [7]). —

---

7) Fr. 3. si t. t. null. — B. p. potest peti ab intestato, si certum sit, tabulas non exstare septem testium signis signatas.

Digitized by Google

Die zweite Frage, die hier noch der Erwähnung bedarf, ist mehr wie billig zum Gegenstande des Streits geworden [8]; ob nämlich in der Klasse **unde liberi** eine **graduum successio** bestanden habe oder nicht. Mir scheint die verneinende Antwort gar kein Bedenken zu haben. In dieser Klasse stehen die **liberi** gar nicht als cognatische Kinder, sondern lediglich als wahre oder fingirte **sui heredes**. **Suus heres** aber ist der, welchem zu der Zeit, wo die Intestatsuccession deferirt wird, keine Mittelsperson zwischen ihm und dem Erblasser entgegensteht. Nur wenn das Recht einer solchen Mittelsperson, wie Paulus sagt, **abscissum est** [9], kommt der Nachfolgende in Betracht, und die Römischen Juristen fragen bei der **b. p. unde liberi** wie bei der **c. t.** lediglich danach, wer zur Zeit, wo deferirt wird, wirklicher oder fingirter **suus heres** war [10], also wenn dieser **suus** nach der Zeit, wo der Erblasser **intestatus** gestorben war (**si intestato moritur**), wieder wegfällt, so kann von einem Einrücken des **nepos** gar nicht die Rede sein, weil ihm das Requisit des **suus heres** fehlt, was das allein Maaßgebende ist. Als cognatischer Descendent hat er lediglich ein Recht auf die **b. p. unde cognati.**

Die einzige Ausnahme von diesem Principe ist das oben dargestellte **edictum de conjungendis cum emancipato liberis ejus**, aber der Ausnahmscharakter zeigt sich auch hier sehr schlagend darin, daß man den **nepotes** lediglich einen Theil

---

fr. 1. §. 8. eod. Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere (fr. 1. §. 10. de b. p. sec. tab.), dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui b. p. acceperunt. fr. 1. §. 3. eod. Plane si tempora quidem petendae bonorum possessionis ex testamento largiebantur, verumtamen repudiata est b. p., dicendum erit ab intestato b. p. jam incipere, quum enim is, qui repudiavit, petere b. p. non potest, post repudiationem, consequens erit, ut ab intestato posse peti incipiat.

8) S. v. Vangerow Leitfaden. II. §. 407.

9) Fr. 9. §. 2. de lib. et post.

10) Fr. 7. pr. si tab. test. null. fr. 4. §. 1. de c. t. b. p. fr. 1. §. 8. de suis et legitimis.

Digitized by Google

von dem zusprach, was dem Vater, in Folge seiner Fiction als suus heres eigentlich allein zugefallen wäre. Also den übrigen liberi gegenüber hat man das Princip doch vollkommen aufrecht erhalten. Ja noch mehr. Es giebt einen Fall, wo die nepotes auch nicht einmal ihrem Vater gegenüber zugelassen werden. Während nämlich im Uebrigen die instituirten in adoptionem dati liberi zur c. t. b. p. commisso per alium edicto zugelassen werden, so ist dies Recht doch den nepotes, wenn ihr emancipirter Vater noch vorhanden ist, entzogen (§. 87. Note 12.). Und sie sollten es auch nicht einmal durch graduum successio erlangen [11]), offenbar weil diese überhaupt bei der c. t. b. p. nicht möglich ist. Ein solcher Fall kann nun freilich bei der b. p. unde liberi nicht vorkommen, aber er beweist nichts destoweniger für sie, da er nichts als ein Ausfluß des allgemeinen Princips der c. t. b. p. ist, und dies Princip ganz gleichmäßig auch für die b. p. unde liberi gilt.

---

11) Fr. 13. §. 1. de b. p. c. t.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Veränderungen der secundum tabulas b. p. in der klassischen Juristenzeit.

§. 104. Wir gelangen jetzt bei der Erörterung der im Gebiete der Erbklassen eingetretenen Erweiterungen auf den letzten Punkt. Es sind nicht bloß zu den beiden dem Civilrecht bekannten Klassen (der testamentarischen Erben und der **legitimi**), die beiden suppletorischen **ordines** (**unde cognati** und **unde vir et uxor**) sowie die zwei correctorischen (**contra tabulas** und **unde liberi**) hinzugefügt worden, sondern es haben sich auch im Gebiete der **secundum tabulas b. p.** noch zur Zeit der klassischen Juristen Veränderungen zugetragen, die von der ursprünglichen Gestalt dieser Klasse genau zu scheiden sind. Diese haben wir jetzt kennen zu lernen.

Jene ursprüngliche Gestalt ist im ersten Bande vollständig dargestellt worden, und ich habe dort bereits am Ende des §. 30. auf das hier daran Anzuknüpfende verwiesen. Weit entfernt, daß es mit dem Grundprincip der **sec. tab. b. p.** im Widerspruch stände, schließt es sich vielmehr in sehr natürlicher Weise an dasselbe an, und bietet einen Complex von Ausnahmen dar, wie sie das praktische Leben sehr leicht aus der Regel selbst hervorrufen konnte. Wir werden gerade durch die Art, wie die Quellen diese Ausnahmen darstellen, um desto

Digitized by Google

mehr das oben gewonnene Resultat sich bestätigen sehen, daß die **sec. tab. b. p.** ihrem Grundwesen nach auch noch zur Zeit der klassischen Juristen durchaus eine **confirmandi juris civilis gratia** bestehende Klasse war; d. h. daß der Prätor als Hauptabsicht stets vor Augen hatte, dem **scriptus heres** (also dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten) in Folge leicht zu erbringender Beweise rasch zum Besitze des Vermögens zu verhelfen. Diese bedingenden Beweise waren die Vorbringung eines Testaments mit sieben Siegeln und die Nachweisung, daß der Testator als **civis Romanus** und **sui juris** gestorben sei, woraus man in Folge einer meist zutreffenden Wahrscheinlichkeitsrechnung präsumiren konnte, die Urkunde sei ein vollkommen gültiges Civiltestament, der Eingesetzte wahrer Civilerbe. Darin aber liegt, daß, sobald die Wahrheit der Wahrscheinlichkeitsrechnung widersprach, d. h. sobald trotz des Vorhandenseins jener bedingenden Beweise das Testament sich aus gleichviel welchem Grunde als ungültig erwies, von einer **sec. tab. b. p.** nicht mehr die Rede sein konnte, also die schon ertheilte als **non data** erschien, die noch zu ertheilende verweigert wurde.

Dieser Satz hat ursprünglich ganz ausnahmslos gegolten, und an ihn knüpfen sich nun die weiteren Ausdehnungen der **sec. tab. b. p. an.** Wenn auch der Prätor im Allgemeinen bei dem Satze stehen blieb, daß die Constatirung eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments die **sec. tab.** zur **non data** mache oder ihre Ertheilung verhindere, so gab es doch einzelne Regeln im Civilrecht, von denen man sich gestehen mußte, daß sie gar zu streng seien. Sämmtliche Formvorschriften bei der Errichtung, ferner mancherlei Umstände, die um des Interesses anderer Personen willen bei einem Testamente in Betracht kamen, waren von dem Civilrechte alle gleichmäßig unter den strengen Satz gebracht worden, daß ihre Nichtberücksichtigung stets völlige Nichtigkeit bewirkte. Und wenn auch der Prätor gar nicht gemeint war, diesen Satz völlig zu verlassen, so konnten doch die Formfehler gar zu unbedeutend sein, es konnten Fälle vorkommen, wo die Personen, um derentwillen man die Nichtigkeit des Testamentes annahm, gar nicht mehr vorhanden waren, oder wenigstens keine

Digitized by Google

Ansprüche machten. Der letzte Wille war also doch noch immer unter genügenden Formalitäten errichtet worden; daß er nicht untergeschoben sei, daß er vom Erblasser wirklich herrühre, stand vollkommen fest, es stand auch nicht das Interesse Anderer im Wege. Was war daher natürlicher, als daß auch hier wieder der allgemeine **favor testamentorum** seine Wirkungen äußerte, daß man die vom Civilrecht vorgeschriebene Nichtigkeit für eine **juris scrupulositas** erklärte, und in solchen Fällen die Erbeinsetzung so gut wie die Nebenbestimmungen des Testaments aufrecht zu erhalten strebte? Hier lag nun wiederum nichts näher, als daß der Prätor es war, welcher das Civilrecht emendirte, d. h. daß er erklärte, wegen eines derartigen unbedeutenden Nichtigkeitsgrundes solle eine ertheilte **sec. tab. b. p.** nicht zur **non data** werden, so wie auch dessen Bekanntsein die Agnition nicht verhindern; m. a. W. aus einem nach den angegebenen Gründen nichtigen Testamente solle dennoch eine gültige **sec. tab. b. p.** agnoscirt werden dürfen.

Dies ist im Allgemeinen die Charakteristik dessen, was uns im Folgenden beschäftigen wird. Sie bedarf in doppelter Hinsicht der genaueren Untersuchung. Einmal nämlich haben wir die Testamentsfehler, bei denen der Prätor vom Civilrecht abwich, eben nur oberflächlich unter die beiden Gesichtspunkte gebracht, daß aus unbedeutenden Formmängeln, sowie aus dem Dazwischentreten anderer interessirter Personen, die dann doch später wieder weggefallen sind, der testamentarischen Succession kein Hinderniß erwachsen solle. Aus dieser äußerlichen Umschreibung ist aber noch nicht mit innerer Nothwendigkeit zu folgern, welche einzelnen Fälle der Prätor begünstigt habe. Offenbar kann hier aus der Natur der Sache gar nichts abgeleitet werden, es kommt lediglich auf die rein historische Untersuchung an, welche positive Fortbildung das Römische Recht in dieser Hinsicht erfahren habe. Die Quellen enthalten nun vier Fälle, in denen das Prätorische Recht die Gültigkeit des Testaments dem Civilrecht gegenüber anerkennt. In allen übrigen Fällen also läßt sich jedenfalls nicht beweisen, daß der Prätor von den Grundsätzen des Civilrechts abgewichen sei, denn eine Möglichkeit, daß der Prätor es recht gut habe thun

Digitized by Google

können, läßt sich immerhin in manchen Punkten gern zugeben, ist aber für die Frage, ob er es wirklich gethan hat, von keiner Bedeutung. Ueberdem aber kann es in den meisten Fällen, und gerade in denen, welche am ersten Zweifel zu erregen geeignet sind, entschieden bewiesen werden, daß wegen civiler Nichtigkeit des Testamentes gleichmäßig nach civilem wie Prätorischem Rechte die Unmöglichkeit der testamentarischen Succession anerkannt wurde.

Die folgende Darstellung muß aber ferner noch auf etwas Anderes Rücksicht nehmen. Ich sagte vorher bloß, daß der Prätor in den fraglichen vier Fällen die Gültigkeit der **sec. tab. b. p.** anerkannt habe. Aber damit ist noch nicht bestimmt, gegen welche Personen sie wirksam sein soll. Eine **b. p. sine re** ist auch eine gültige **b. p.**, aber sie verliert durch das Auftreten des **heres** ihren **effectus**, ihre Wirksamkeit. In Beziehung hierauf werden wir nun im Folgenden finden, daß das Römische Recht zwei Schritte gethan hat, die auch nach den Entstehungsquellen genau zu scheiden sind. Den ersten Schritt that der Prätor, er bezieht sich gleichmäßig auf alle vier Fälle, aber er ist, rücksichtlich der Wirkung der schwächere, indem er nur den Charakter einer **supplendi juris civilis gratia** eingeführten Neuerung an sich trägt. Der zweite Schritt dagegen ist im Verhältniß zum bisherigen Civilrecht correctorisch, aber er ist in sich selbst ein civilrechtlicher, indem er auf kaiserlichen Rescripten ruht, welche direct in die vom Prätor eingeführte Gestalt der **b. p.** eingriffen. Er bezieht sich auch nur auf zwei von jenen vier Fällen, weßhalb dadurch das bisherige schwächere Prätorische Recht gar nicht ganz aufgehoben ist. — Ich werde danach die nachfolgende Entwicklung in zwei Theile trennen. Was ich hier mitzutheilen habe, entnehme ich den Hauptpunkten nach aus meiner früher erschienenen **historia bonorum possessionis secundum tabulas** (**Cap. II.** und **III.**), deren Resultate ich noch jetzt mit Ausnahme einiger Punkte für richtig halte. Wenn ich nicht den Zusammenhang dieses Werks völlig zerstören wollte, konnte ich es nicht unterlassen, das dort Gesagte in seinen Grundzügen und mit einigen Verbesserungen hier zu wiederholen.

Digitized by

I. Die Prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p.

§. 105. Es ist von besonderem Werthe, daß Gaius uns hier eine so vollständige Quelle ist, wie wir dies eigentlich gar nicht erwarten konnten. Die rein prätorischen Veränderungen in der sec. tab. b. p. waren zu seiner Zeit theilweise bereits durch die späteren Kaiserrescripte umgestaltet. Nichtsdestoweniger aber theilt er die Prätorischen Regeln erst vollständig mit, und fügt dann besonders hinzu, was durch kaiserliche Bestimmung verändert worden sei. Glücklicherweise ist nun jenes Erstere ganz leserlich (II. 147—149), wogegen dann das Folgende nur so weit zu entziffern ist, daß wir sehen, es sei im §. 157. von dem Rescript des Antonin die Rede gewesen. Hievon aber hatte Gaius schon im §. 120. gesprochen, und an diesem Orte sind seine Worte vollkommen lesbar. Da wir nun außerdem von den Prätorischen Bestimmungen sowie den Kaiserrescripten auch noch in mehren Pandektenfragmenten bestätigende Nachrichten finden, so sind wir dadurch, wie ich glaube, in den Stand gesetzt, uns ein klares und vollständiges Bild der ganzen Rechtsentwicklung construiren zu können.

Ueber jene Prätorischen Bestimmungen sagt nun Gaius Folgendes. Er spricht nur von drei Fällen der vitiösen Testamente, und zwar offenbar nicht bloß als zufällig gewählten Beispielen, sondern seine öftere Wiederholung derselben, die auch überdies mit einer Stelle Ulpians übereinstimmt, zeigt deutlich, daß die Regel des Prätorischen Edictes, welche er hier vorträgt, sich lediglich auf diese Fälle bezog. Den vierten Fall, in dem wir allerdings noch ein Abweichen des Prätors vom Civilrecht anzuerkennen haben, werden wir dann hinterdrein noch einer abgesonderten Prüfung unterwerfen, und dabei finden, daß er ganz mit Recht von Gaius hier nicht mit den anderen dreien auf dieselbe Stufe gestellt werden konnte. Von diesen dreien spricht nun Gaius zuerst ganz denselben allgemeinen Satz aus, den ich schon im vorigen § hervorgehoben habe, nämlich, wenn gleich das Testament nach Civilrecht ungültig sei, so sei es doch damit nicht ganz unwirksam, sondern es könne eine gültige b. p. daraus agnoscirt werden.

Digitized by Google

II. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt, vel jure facta postea irrita facta, aut rupta sunt; nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit [1]).

Also wenn nur die bedingenden Beweise der sec. tab. b. p. vorliegen, so giebt der Prätor jedenfalls eine sec. tab. b. p., wenn es gleich ganz entschieden ist, daß das Testament **non jure factum, irritum** oder **ruptum** sei, und natürlich kann daher auch, wenn hinterdrein diese Fehler zu Tage kommen, dies der einmal ertheilten b. p. keinen Eintrag thun. Dies ist eben das Unterscheidende, von den Wirkungen, welche abgesehen von diesen drei Fällen, das Bekanntwerden eines Nichtigkeitsgrundes des Testaments hervorruft. Wir brauchen nur diese Stellen des Gaius und Ulpian mit dem Band I. S. 185. citirten Fragmente zu vergleichen, um davon völlig überzeugt zu werden. Dort heißt es, trotz des Vorhandenseins der bedingenden Beweise: **sec tab. b. p. dari non potest**, also wenn der vernichtende Beweis vorliegt, so folgt daraus die Unmöglichkeit der b. p., hier sagen die Juristen umgekehrt **b. p. datur, peti potest**, mithin soll, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen, die unbezweifelte civilrechtliche Nichtigkeit des Testaments kein Hinderungsgrund der b. p. sein.

Der neue Prätorische Rechtssatz ist also: daß die Gründe, wonach das Testament als **non jure factum, irritum** und **ruptum** erschien, nicht mehr wie früher als vernichtende Beweise der sec. tab. b. p. gelten sollten, er wollte mithin die

---

1) Dasselbe sagt Ulpian **XXIII. 6.: Si septem signis testium signatum sit testamentum**, (also wenn auch im Uebrigen das Testament **non jure factum** ist, wie dies Ulpian an einer anderen Stelle **XXVIII. 6.** noch deutlicher angiebt), **licet jure civili ruptum vel irritum factum sit, Praetor scriptis heredis juxta tabulas bonorum possessionem dat, si testator et civis Romanus et suae potestatis, cum moreretur, fuit.**

Digitized by

teſtamentariſche Succeſſion in dieſen Fällen als eine gültige betrachtet wiſſen, m. a. W. er erklärte hier das civilrechtlich nichtige Teſtament für ein prätoriſch gültiges.

Dies aber heißt an und für ſich noch nichts weiter, als daß das Teſtament nicht mehr wie bisher eine in ſich ſelbſt abſolut ungültige Urkunde ſein ſolle. Es wäre denkbar, daß der Prätor nur, wenn die **bona** ſonſt **vacantia** werden würden, die Wirkſamkeit des Teſtaments habe anerkennen wollen. Denn im Bisherigen liegt lediglich, daß der Prätor verſpricht, er wolle nicht ſchon deßhalb, weil das Teſtament in ſich ſelbſt nichtig ſei, den Inſtituirten vertreiben. Der Satz iſt alſo ſeinem Sinne nach rein negativ, wie weit ſich nun die Wirkungen des aufrecht erhaltenen Teſtamentes anderen Perſonen gegenüber erſtrecken ſollen, welche aus deſſen Nichtigkeit Erbanſprüche ableiten, iſt damit noch nicht geſagt. Dies beſtimmen denn auch beide Juriſten, Gaius und Ulpian, in den angeführten Stellen gleich noch genauer. Ulpian ſetzt nur kurz hinzu:

> **quam bonorum possessionem cum re, id est, cum effectu habet, si nemo alius jure heres sit.**

Wir ſehen hieraus ſchon, daß der Prätor doch weiter ging, als was ſeine Beſtimmung im ſchwächſten Sinne, der ſich denken läßt, heißen könnte. Der Eingeſetzte ſoll nicht bloß, wenn ſonſt die **bona vacantia** ſein würden, im Vermögen geſchützt werden, er ſoll es vielmehr ſtets behalten, wenn nur nicht ein **heres ex jure (civili)** vorhanden iſt, und (das haben wir natürlicher Weiſe hinzuzudenken) Anſprüche macht. Gaius ſpricht dies noch viel weitläuftiger und deutlicher aus:

> **II. 148. Qui secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non jure factae sint, aut jure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem obtinere, habebunt bonorum possessionem cum re, si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt b. p. sine re. §. 149. Nam si quis heres jure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato jure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avo-**

Digitized by Google

care: si vero nemo sit alius jure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt.

Also die Civilerben (testamentarische wie Intestaterben) sind es allein, welche dem in dem vitiösen Testament Eingesetzten das Vermögen wegnehmen können, abgesehen davon aber behandelt der Prätor es als ein gültiges Testament. Hieraus geht hervor, von wie großer Bedeutung die Rechtsänderung ist, die wir den Prätor hier vornehmen sehen. Sie unterscheidet sich von dem bisherigen Recht ganz nach den Regeln, wie sich nach unserer früheren Entwicklung (Bd. I. S. 227.) die **b. p. quae data non intelligitur** und die **b. p. sine re** einander gegenüber stehen. Früher fiel, wie bei allen anderen Testamentsmängeln, so auch bei dem **test. non jure fact., irritum,** und **ruptum,** die **b. p. sec. tab.,** auch wenn dadurch die **bona vacantia** wurden, schon in sich selbst zusammen, sobald das **vitium** offenbar wurde; es konnte also jedenfalls wie bei jeder nichtigen **b. p.,** von einer vorhandenen folgenden Klasse **b. p.** agnoscirt werden, es waren gar nicht bloß die Civilerben, sondern auch Cognaten und Ehegatten, welche an die Stelle des Instituirten treten konnten. Jetzt aber, wo die **sec. tab. b. p.** als eine an und für sich gültige angenommen wird, kann nie der Eingesetzte ohne das entschiedene Auftreten anderer Erbberechtigter removirt werden, dies können auch nur die sein, welche im einzelnen Fall das Civilrecht ruft, also die Cognaten und Ehegatten sind stets ausgeschlossen, und endlich können die Civilerben ihr Recht, da einmal eine gültige **b. p.** an den Instituirten als ertheilt angenommen wird, nur noch durch **hereditatis petitio,** nicht mehr durch eigene Agnition der **b. p.** geltend machen. Die Worte des Gaius beweisen dies ohne alle Frage.

Wir können uns hiernach das Verhältniß, in welches der neue Rechtssatz zu dem bisherigen System der Prätorischen Erbklassen trat, folgendermaßen verdeutlichen. Die Reihenfolge, nach der sich die Berechtigung zum Behalten der Erbschaft richtet, ist:

1) **contra tabulas b. p.**

2) **secundum tabulas (jure factas,** d. h. die Klasse, deren Bedeutung durch unsere Prätorische Rechtsänderung gar nicht verändert wurde).

Digitized by Google

3) **unde liberi**, und **unde legitimi.**

4) **secundum tabulas non jure factas, irritas, ruptas.**

5) **unde cognati** und **vir et uxor.**

Dieſe Reihenfolge konnte aber erklärlicher Weiſe nicht zugleich die der Friſten ſein, in denen dieſe **bonorum possessiones** agnoscirt werden, vielmehr mußte in dieſer Hinſicht die bisherige Klaſſe der **sec. tab. b. p.** mit der neuen für die drei vitiöſen Teſtamentsfälle geſchaffenen äußerlich ein einziges Ganzes darbieten, ſo daß es den Anſchein hat, daß die vom Prätor aufrechterhaltenen Teſtamente, die doch der Berechtigung nach hinter den **legitimi** ſtehen, ihnen voraufgingen, was auch in ſo weit richtig iſt, daß allerdings keine der vier Inteſtatklaſſen nach einmal agnoscirter **sec. tab.** die **b. p.** mehr erhalten kann.

Die Grundſätze der bedingenden und vernichtenden Beweiſe bei der **sec. tab.** führten dies von ſelbſt mit ſich. Bei der Ertheilung der **b. p.** ſteht ein Teſtament, das völlig gültig iſt, dem mit einem jener drei Fehler behafteten vollkommen gleich. Es wird, wenn letztere bekannt ſind, ebenſo wie aus einem völlig gültigen Teſtament die **b. p.** in Folge der bedingenden Beweiſe gegeben, weil jene drei Fehler nicht mehr als vernichtende Beweiſe gelten, während alle anderen **vitia** des Teſtamentes, die ſchon conſtatirt ſind, von Anfang an ein Hinderniß der Agnition bilden. Falls aber erſt nach der Erbittung der Teſtamentsfehler zu Tage kommt, ſo tritt nun der große Unterſchied zwiſchen der alten **sec. tab. b. p.** aus einem gültigen Teſtamente und der neuen aus jenen vitiöſen Teſtamenten ein. Jene iſt nicht bloß ein Hinderniß aller weiteren Ertheilung der **b. p.** an die folgenden Klaſſen, ſondern auch aller Geltendmachung des Civilrechts mittelſt der **her. pet.** Dieſe dagegen enthält lediglich ein Hinderniß der weiteren Ertheilung der **b. p.**, denn es iſt ja nur der Prätor, welcher dieſe Teſtamente für gültig erklärt, ohne damit dem Recht des **heres** zu nahe treten zu wollen. Dieſe **jure praetorio** gültigen Teſtamente ſind alſo freilich von den übrigen civilrechtlich vitiöſen Teſtamenten genau geſchieden, denn letztere haben auch nach Prätoriſchen Grundſätzen gar keine Wirkung, erſtere dagegen ſchließen alle die aus, welche lediglich nach

Digitized by Google

Prätorischem Recht Erbansprüche haben (also **unde liberi, cognati** und **vir et uxor**). Ferner bewirken sie auch, als Prätorisch gültige Testamente, daß die Civilklassen, welche hinter der testamentarischen gerufen werden (also **unde legitimi**), auf die **bon. poss.** keinen Anspruch mehr haben können. Aber weiter geht auch ihr Recht nicht; weil das Testament, worauf sie sich stützen, civilrechtlich ungültig ist, und der Prätor gar nicht die Absicht hat, correctorisch gegen das Civilrecht aufzutreten, so folgt, daß nicht allein jeder in einem gültigen Testament Eingesetzte, sondern auch in dessen Ermangelung der **suus** oder sonst der **proximus agnatus** sein civiles Recht d. h. die **her. petitio**, mit Erfolg gegen sie durchsetzen kann, also der inneren Berechtigung nach stehen die vitiösen Testamente hinter den **legitimi**.

Die Prätorische Rechtsänderung können wir hiernach sehr einfach so charakterisiren: der Prätor erklärt einzelne nach einer reinen **juris scrupulositas** ungültige Testamente für gültig, aber er thut dies doch nur **supplendi** oder **emendandi juris civilis gratia** [2]), d. h. er stellt das Recht der darin Eingesetzten vor Alle, welche **ab intestato** ein Prätorisches Erbrecht haben, aber hinter Alle, die vom Civilrecht gerufen werden. —

Werfen wir nun noch einen Blick auf das im ersten Bande S. 225. angegebene Princip, nach dem die **b. p. sine re** zu beurtheilen ist, und prüfen wir, wie sich der neue Prätorische Rechtssatz damit vereinigt. Fabricius [3]) hat gerade wegen der in der **b. p. sec. tab.** vorgegangenen Rechtsänderungen das früher von Hugo aufgestellte Princip umzuwerfen und das entgegengesetzte an die Stelle zu setzen versucht. Bei der Frage, ob der **heres** die **b. p.** zur **sine re** machen könne, komme es nicht darauf an, ob er in der Prätorischen Klassenfolge vor dem gerufen sei, welcher die **b. p.** agnoscirt hat, sondern es müsse überhaupt immer die **b. p.** der **hereditas** weichen, und es seien davon nur einzelne Ausnahmen (die **b. p. c. t.**, **unde liberi**, und die nachher noch weiter zu er-

---

2) Dies stimmt also von Neuem mit dem §. 68. Note 5. am Ende Gesagten überein.

3) B. p. S. 208. s. auch v. Vangerow Leitfaden §. 399.

Digitized by

örternden Fälle der durch Kaiserrescripte veränderten **sec. tab. b. p.**) zu statuiren.

Wir müssen aber bei dieser Frage ganz vorzüglich im Auge behalten, worauf es eigentlich hauptsächlich ankommt, damit wir uns davor bewahren, daß der Streit nicht in einen leeren Worthader ausarte. Wenn wir nämlich für das Verhältniß der **hereditas** zur **b. p.** ein Princip aufstellen wollen, so müssen wir nur bedenken, daß wir nicht nach einer Regel zu suchen haben, welche auch schon der den Prätor selbst einzig leitende Gesichtspunkt gewesen wäre, wonach bei den Römern die **b. p.** entweder **cum re** oder **sine re** war. Vielmehr geht aus meiner bisherigen Darstellung der verschiedenen Klassen wohl zur Genüge hervor, daß das Verhältniß der einzelnen Prätorischen Klassen zum **heres** auf sehr verschiedenen Gründen ruht, daß also, wenn man ein Princip dafür aufstellen will, dies zu nichts Anderem geschehen kann, als etwa um dem Lernenden eine kurze Regel an die Hand zu geben, wonach er sich die einzelnen Fälle leicht construiren könne, nicht aber um damit den Grund zu gewinnen, welcher die Sache selbst hervorrief.

B. p. sine re ist eine gültige **b. p.**, welche aber durch die **her. petitio** des **heres** den **effectus** verliert. Nun fragt sich weiter, wann diese **her. pet.** zugelassen werde? In allen den Fällen, wo der Prätor nur **emendandi juris civilis gratia** die **b. p.** gab, (also wenn, beim Vorhandensein eines **heres**, einer späteren Civilklasse, oder einer späteren rein Prätorischen, oder aus einem jener drei vitiösen Testamente die **b. p.** ertheilt wird), will ja eben der Prätor nichts weiter, als die Erbschaft ohne Verletzung des Rechts des **heres reguliren**, also hier kann die **b. p.** zur **sine re** werden. Dagegen bei den correctorischen Klassen will der Prätor mehr, er beabsichtigt den **b. possessor** allen oder gewissen **heredes** vorauszustellen, und deßhalb ist die **b. p.** gegen diese **cum re**. Nun kann man allerdings, wenn man das gern will, sagen: regelmäßig gehe der **heres** dem **b. possessor** vor, aber ausnahmsweise (nämlich bei den correctorischen Klassen) sei es umgekehrt. Wenn man damit nichts Anderes sagen will, als daß der Hauptcharakter der **b. p.** Emendation und nicht Cor-

Digitized by Google

rection des Civilrechts sei, so ist Nichts dagegen einzuwenden. Aber in der Art, wie Fabricius die Sache hinstellt, liegt mehr, und dies Mehr ist eben unrichtig. Er meint, der Prätor habe nicht correctorisch gegen das Civilrecht auftreten können, es sei also eine innere Nothwendigkeit, daß wo die b. p. einem **non heres** gegeben werde, sie vom **heres** zur **sine re** gemacht werden müsse, und eben deßhalb beweise der Satz, daß die **b. p.** aus einem jener vitiösen Testamente gegen die **legitimi sine re** sei, von Neuem, daß auch die **b. p. c. t.** und **unde liberi** nur durch kaiserliche Autorität eingeführt sein könne (S. 144.). Damit also macht er seine Regel über das Verhältniß der **b. p.** zur **hereditas** aus einer bloß um des kurzen Verständnisses willen aufgestellten, zu einem inneren Princip, welches der Sache selbst zum Grunde liegen soll. Ebendeßhalb aber ist sie verderblich, sie muß, auf einen Irrthum gebaut, auch wieder die Quelle neuer Irrthümer werden [4]).

Und so ist es bei weitem räthlicher, bei dem Hugoschen Principe zu bleiben, weil es die inneren Gründe der Sache nicht beeinträchtigt. Es kommt darauf an, welche Reihenfolge der Prätor den einzelnen Klassen anweist. Die Ordnung, in der die Klassen des Civilrechts stehen, ist eben die des Ci-

---

4) Fabricius macht auf S. 208. den offenbaren Fehler, daß er sagt, gegen die **b. p. unde liberi** werde (abgesehen von Ausnahmen, die uns hier nicht interessiren) dem **heres** die **her. pet.** immer ganz und gar verweigert. Wenn ein gültiges Testament bestand, in dem ein **emancipatus** präterirt war, so hat, falls dieser nach verstrichenem Fristenlauf der **c. t.** und **sec. tab.** die **b. p. unde liberi** agnoscirte, der **scriptus heres** jedenfalls gegen ihn die **her. pet. fr. 2. si tab. test. null.** Ebenso ist es auch nicht richtig, wenn Fabricius S. 109. sagt: Der Civilerbe, der zur **c. t.** gerufen sei, schließe stets den Eingesetzten aus, welcher **sec. tab. b. p.** erbeten habe. Freilich schließt er ihn in gewissen Fällen aus, aber dies ist nicht nach den Grundsätzen der **b. p. sine re** zu beurtheilen, sondern die **b. p. sec. tab.** wird bei der Präterition eines **filius suus** oder **postumus** gar nicht ertheilt, oder gilt als **non data.** Dagegen wenn man unter dem Civilerben einen präterirten Accrescenzerben versteht, so findet gar keine völlige Ausschließung des **scriptus heres** statt.

Digitized by

vilrechts selbst, der Prätor wollte hier nichts Anderes thun, als nur eine **successio** unter ihnen einführen; bei den suppletorischen Klassen wollte er nur hinterdrein Jemanden rufen, **ne quis**, wenn der **heres** fehlte, **sine successore moriatur**; bei den correctorischen aber wollte er, (und daß er es durfte, haben wir wohl genügend bewiesen) gewisse Personen dem **heres** voraussstellen. Also mag nun der Prätor sich dem Civilrecht angeschlossen, mag er darüber hinaus Bestimmungen getroffen, mag er endlich dem Civilrecht widersprochen haben, so ist es doch jedenfalls das Einfachste, alle diese drei Arten von Erbklassen unter dem einen Gesichtspunkte zusammenzufassen, daß nach der Prätorischen Reihenfolge das Verhältniß des **b. possessor** zum **heres** sich stets beurtheilen lasse. Die **b. p.** nun aus jenen drei Fällen der vitiösen Testamente macht dabei gar keine Schwierigkeit. Auch sie ist nur suppletorisch gegeben. Sie hat freilich die wichtige Bedeutung, daß nach ihrer Ertheilung Niemandem, weder den folgenden Prätorischen noch den Civilklassen, eine **b. p.** mehr gegeben werden kann, aber das Civilrecht des **heres** sollte dadurch gar nicht afficirt werden, sie steht also ihrer inneren Bedeutung nach, auch in der Prätorischen Reihenfolge hinter den **legitimi**.

Allerdings bietet daher diese **b. p.** aus vitiösen Testamenten etwas Eigenthümliches dar, was sich im ganzen System der **b. p.** sonst nicht findet. Im Uebrigen ist es nämlich allgemeine Regel, daß der Prätor der Civilklasse, welche er für besser berechtigt zur Erbschaft erklärt als eine rein Prätorische, nicht bloß erlaubt, ihr Civilrecht gegen Letztere geltend zu machen, sondern daß er ihr auch schon vorher die **b. p.** selbst anbietet, damit der **heres** die Möglichkeit habe, auch ohne die Weitläuftigkeiten eines Erbschaftsprocesses den Besitz des Vermögens zu erlangen und die folgende Klasse auszuschließen. Nur wenn er die Agnition versäumt, bleibt ihm dann nichts weiter übrig, als durch die **her. pet.** die folgende Klasse, welche die **b. p.** erbeten hat, zu vertreiben. So ist es hier nun freilich nicht, aber es versteht sich von selbst, daß es hier nicht so sein konnte. Wenn das Testament ein völlig gültiges ist, so ist ja der Eingesetzte der **heres**, die **legitimi** sind nicht **heredes**; und so muß natürlich die Agnitionsfrist der **sec.**

Digitized by Google

tab. stets vor sämmtlichen Intestatklassen stehen bleiben. Ist aber das Testament mit einem jener Fehler behaftet, über die fortan der Prätor hinwegsehen zu wollen erklärt, so wußte er dies ja in sehr vielen Fällen bei der Ertheilung der b. p. noch gar nicht, denn durch die bedingenden Beweise wird es gar nicht an den Tag gebracht. Jedenfalls aber, mogte er es schon wissen oder mogte er es später erfahren, so hat er ja das Testament für ein Prätorisch gültiges erklärt, er würde sich also widersprechen, wenn er nun doch eine b. p. ab intestato noch ertheilen wollte. Also eine Prätorische Intestatsuccession ist undenkbar. Aber das Testament ist nach Civilrecht nichtig, und der Prätor hat, obgleich er es an sich sehr wohl gekonnt hätte, nie die Absicht gehabt, correctorisch hiergegen aufzutreten, also er erkennt die civilrechtliche Intestatsuccession vollkommen an, d. h. er räumt den vitiösen Testamenten erst hinter den legitimi ein dauerndes Recht auf die Erbschaft ein. Aber aus dem Gesagten folgt zur Genüge, daß das Mittel, wodurch die legitimi den Eingesetzten ausschließen, lediglich die her. petitio [5]), nicht eine vorher ihnen deferirte b. p. sein kann.

§. 106. Das Wesen des neuen Prätorischen Rechtssatzes ist hiemit im Allgemeinen bestimmt. Wir müssen stets vor Augen haben, daß es sich hier um eine ganz neue Bestimmung handelt, die in der ursprünglichen Gestalt der sec. tab. b. p., wie sie auch noch fortwährend bestehen blieb [1]), gar nicht enthalten ist, sondern als etwas Selbständiges daneben tritt, und die Basis bildet, auf der sich in der Folge eine

---

5) Oder (wie wir allerdings noch hinzusetzen müssen) eine exceptio gegen die Klage (das Interdict) des b. possessor. Es kann dies erst weiter unten bewiesen werden. s. §. 107. Note 4.

1) Gai. III. 36. Si jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

Digitized by

Reihe von wichtigen Rechtsänderungen entwickelte. Der Grund, daß man dies verkannt hat, und dadurch zu so mancherlei Irrthümern verleitet worden ist, liegt in der unrichtigen Auffassung der bei der **sec. tab. b. p.** bestehenden bedingenden Beweise. Man meinte, wenn diesen nur genügt sei, so bestehe stets eine gültige **b. p.** [2]), die nur noch durch die **her. pet.** des **heres** zur **sine re** werden könne. Nach meiner Darstellung der **sec. tab. b. p.** im ersten Bande müssen wir dagegen umgekehrt an und für sich jeden Vernichtungsgrund des Testaments auch für einen Hinderungsgrund der **sec. tab.** annehmen, und nun erst genauer nachforschen, in welchen einzelnen Fällen die Quellen trotz der Nichtigkeit des Testaments die Gültigkeit der **b. p.** anerkennen. Diese aber lagen dann nicht schon in dem allgemeinen Edicte über die **sec. tab. b. p.**, sondern es muß sich ein ganz eigener Passus im Edicte auf sie bezogen haben.

Daher können wir über die Einführungszeit des Rechtssatzes wenigstens soviel sagen, daß er zu Cicero's Zeit, aus der wir ja das damalige Edict über die **sec. tab. b. p.** kennen, noch nicht bestanden haben kann. Wir finden in den oben mitgetheilten Edictsworten gar keine Spur davon, überdem gab es damals noch nicht den zweiten bedingenden Beweis, welchen der Prätor der Vorzeigung des äußerlich gültigen Mancipationstestamentes hinzufügte, nämlich daß der Testator als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei. Wir werden aber sehen, daß sich die beiden Fälle des **non jure factum** und **irritum testamentum** sehr genau an die beiden bedingenden Beweise anschließen, und jedenfalls das **irritum testamentum** nicht eher den Prätorischen Schutz erhalten haben kann, als jener zweite bedingende Beweis aufgestellt war. Von der anderen Seite aber darf die Prätorische Rechtsänderung auch wohl nicht später als Hadrian gesetzt werden, wenigstens mußte sie bereits für das **ruptum testamentum** beste-

2) Nur in sehr singulären Fällen erkennt Fabricius (S. 207.) eine b. p. **quae data non intelligitur** an; und es wird gar kein Grund angegeben, woraus gerade diese Fälle, und nur diese sich erklären sollen.

Digitized by Google

hen, denn dieser Fall wurde unter dem genannten Kaiser schon weiterer Ausbildung unterworfen. —

Gehen wir jetzt genauer auf die Prüfung der Fälle ein, welche Gaius unter den drei Ausdrücken **non jure factum, irritum und ruptum testamentum** verstanden hat. Er sagt uns (II, 146.) ausdrücklich, daß er sie, im Gegensatz zu vielen anderen Ausdrücken, welche die Nichtigkeit des Testamentes bezeichnen, in einem technischen Sinne nehmen, und welcher dies sei, läßt sich auch mit voller Sicherheit bestimmen.

1. **Das testamentum ab initio non jure factum.** Hierunter ist ein in den Formen mangelhaftes Testament verstanden [3]), aber es ist natürlich nicht daran zu denken, daß der Prätor alle möglichen Formen des damals allein geltenden Mancipationstestaments für unnöthig erklärt habe. Nur ist die Frage, wie weit er hierin gegangen sei.

Zuerst sieht man aus dem einen der bedingenden Beweise, welcher bei Erbittung der **sec. tab.** geliefert wurde, daß der Prätor an den Haupterfordernissen des Mancipationstestamentes fortwährend festgehalten hat. Ohne die Besiegelung von Seiten der sieben Solennitätspersonen wurde gar keine **sec. tab. b. p.** gegeben. Aber sollen wir nun annehmen, daß der Prätor alle übrigen Formmängel, welche bisher vernichtende Beweise gewesen waren, insgesammt von jetzt an nicht mehr berücksichtigt habe; also stets, sobald nur der angegebene bedingende Beweis geliefert war, das Testament als **non jure factum** des vorher angeführten Prätorischen Schutzes theilhaftig geworden wäre? Ich glaube dies keineswegs. Alsdann wäre ja auch, wenn es lediglich einer Urkunde mit sieben Sie-

---

3) Fr. 1. de inj. rupt. fr. 47. de her. pet. fr. 6. pr. de lege Corn. de falsis — Dies wird wohl Niemand mehr bezweifeln. s. Fabricius. S. 115. — Die Römer nennen es auch häufig technisch **imperfectum testamentum**. fr. 23. qui test. fac. poss. **Si testamentum, quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum** (d. h. „so ist dies **nicht bloß** ein nach Prätorischem Rechte geltendes Testament", — denn das war es doch jedenfalls), **sed utroque jure valebit tam civili, quam praetorio.** s. auch fr. 3. de test. mil.

Digitized by Google

geln bedurft hätte, das Erforderniß der Gegenwart von sieben verschiedenen Personen bei der Testamentserrichtung, die Vorschriften über die Fähigkeit dieser Zeugen, über die **unitas actus** hinweggefallen. Ein Erblasser hätte dann selbst, oder mit Hülfe eines einzigen Zeugen eine Urkunde mit sieben verschiedenen Siegeln und Namen versehen können, und doch wäre daraus eine vollkommen gültige **sec. tab. b. p.** ertheilt worden. Mir scheint dies ganz undenkbar. Die Prätorische Vorschrift, das Testament solle mit sieben Siegeln versehen sein, kann doch nur so verstanden werden, daß überhaupt die ganze Thätigkeit der sieben Personen, deren äußerer jetzt noch erkennbarer Ueberrest ihr Name und Siegel ist, so bei der Errichtung des Testaments vorausgesetzt werde, als das positive Recht es vorschreibt. Also es müssen sieben fähige Personen hier unterzeichnet haben, das ganze Geschäft muß, wie es nun einmal bei allen Testamenten Regel ist, in einem ununterbrochenen Acte beendet worden sein. Hieraus folgt, daß die angegebenen Formfehler noch fortwährend, sobald sie bekannt wurden, ein Hinderniß oder ein Vernichtungsgrund für die **sec. tab. b. p.** gewesen sein müssen; m. a. W. daß sie nach wie vor den Charakter der vernichtenden Beweise behalten haben, und sich hierauf der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** gar nicht bezieht.

Vollständig scheint mir dies aus Folgendem hervorzugehen. Das **testamentum non jure factum**, wie es anfangs bei seiner noch immer sehr beschränkten Bedeutung genannt wurde, wuchs nach und nach unter dem Namen des Prätorischen Testaments zu einer eigenen selbständigen Testamentsform empor, und wurde, wie wir sehen werden, in der Justinianeischen Compilation zum durchaus vorherrschenden Rechte. Bei diesem ist es aber nie bezweifelt worden, daß die Regeln über Zahl und Fähigkeit der Zeugen sowie über **unitas actus** durchaus in Anwendung kämen; was daher jedenfalls im Anfange bei der **sec. tab. b. p.** gegolten hat, und am Ende auch wieder bei dem Prätorischen Testamente hervortritt, dürfen wir auch nicht in der Zwischenzeit als verschwunden annehmen, wofern nicht etwa ausdrückliche Quellenzeugnisse entgegenständen, was aber hier gar nicht der Fall ist. Im Ge-

Digitized by Google

gentheil weist uns die Darstellung der Römischen Juristen sehr deutlich darauf hin, daß der Schutz des **non jure factum testamentum** sich lediglich auf die geringeren und unbedeutenderen Formfehler bezieht. So sagt Ulpian **XXVIII. 6:**

> **Etiamsi jure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur.**

Daß der Prätor auf die Zahl und Fähigkeit der einzelnen Zeugen sieht, wird hiedurch ganz entschieden bewiesen. Sie sollten **cives Romani** sein, ein Satz, der bis in die spätesten Zeiten beim Prätorischen Testament bestehen blieb. Also jedenfalls, wenn es keine **cives Romani** waren, so meint Ulpian: **non datur b. p.**, ebensogut wie wenn es sich herausstellte, daß weniger als sieben Zeugen gegenwärtig gewesen seien [4]). Und was von der Zahl und Fähigkeit der Zeugen ausdrücklich bestätigt wird, könnte man nur mit der höchsten Willkührlichkeit auch von der **unitas actus** läugnen wollen [5]).

Dagegen die unbedeutenderen Formfehler, wie die Auslassung der **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** sollen der

---

4) Noch für einen andern Fall der Unfähigkeit wird dies vollständig bewiesen durch fr. 14. de testibus (Pap.) Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus? Et sane juste testimonii officio ei interdicitur. Existimo ergo neque jure civili testamentum valere, ad quod hujusmodi testis processit, neque jure Praetorio, quod jus civile subsequitur, ut neque hereditas adiri, neque bonorum possessio dari possit.

5) Es gab also noch immer Fälle des non jure factum testamentum, wo der Eingesetzte gegen Niemanden, auch nicht gegen die Cognaten, die Erbschaft obtiniren kann. Dies bestätigt ein Rescript des Pius in fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. — De eo, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: „Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertineat (vorausgesetzt, daß sie auch die b. p. agnosciren), petere hereditatem ipso jure poterunt.

Digitized by Google

Ertheilung der **sec. tab. b. p.** nicht im Wege stehen. Daß dies nur einzelne Beispiele sind, sehen wir schon aus dem Worte **forte**: und was wir nun in der That noch ferner hieher zu zählen haben, erhellt aus der viel weitläuftigeren Darstellung, worin Gaius II. 115—122 die Vorschriften des Civilrechts den milderen Prätorischen gegenüberstellt. Im §. 119. und 121. erwähnt er ebenso wie Ulpian die Auslassung der **familiae mancipatio** und der **nuncupatio**, daran knüpft er im §. 122. noch den Satz, daß die Frauen, während sie nach Civilrecht ohne Zuziehung des Tutors stets **inutiliter** testiren (§. 118.), nach Prätorischem Rechte dieser Beschränkung überhoben sind. Ebenso haben wir aber auch wohl anzunehmen, daß der Prätor die **solennis institutio**, wovon Gaius gleich vorher im §. 117 spricht, nicht weiter verlangte. Wenn er die **verba mancipationis** nicht mehr erforderte, so wird er es auch für gleichgültig erklärt haben, ob im Testamente stand: **Titius heres esto, Titium heredem esse jubeo**, oder weniger solenn: **Titium heredem esse volo, heredem instituo, heredem facio.**

Der Schutz also dieses, wegen der unbedeutendern Formfehler ungültigen Testamentes, war, daß der Eingesetzte das Vermögen behalten darf, wenn kein Civilerbe vorhanden ist. Dies kann sein

a. ein testamentarischer, d. h. ein in einem vollkommen gültigen Civiltestamente Eingesetzter. Gaius erwähnt ihn II. 149 ausdrücklich. Das Testament kann ein späteres sein, dann wird das **non jure factum** auch außerdem völlig rumpirt, es kann ein früheres sein, welches nun durch das spätere **non jure factum** keineswegs als rumpirt erscheint; und wenn also aus letzterem die **sec. tab. b. p.** ertheilt worden ist, so kann diese noch immer durch die **her. pet.** des im **jure factum testamentum** Instituirten zur **sine re** werden.

Hiebei erhebt sich aber die Frage, ob denn nicht der im früheren gültigen Testament Eingesetzte auch gleich **sec. tab. b. p.** erbitten, und so den im **non jure factum** Instituirten von vorn herein ausschließen konnte. In den Quellen wird dies nicht speciell besprochen; Gaius denkt sich freilich die **b. p.** als aus dem späteren Testamente ertheilt, aber er sagt nicht,

Digitized by Google

ob er meint, der im früheren Testamente Instituirte könne sie gar nicht erhalten, oder er habe sie nur zu agnosciren versäumt. Folgendes scheint mir hier entscheidend. Der Prätor stellt als allgemeine Regel für die Ertheilung der b. p. den Satz auf, daß es die **supremae tabulae** sein müßten (Bd. I. S. 179), also wenn in der Frist der **sec. tab. b. p.** zwei sich auf verschiedene Testamente Stützende erschienen, so wurde allein die b. p. aus dem letzten Testament als gültig angesehen. Bei der Ertheilung nun wird es ja noch gar nicht untersucht, ob z. B. die **mancipatio familiae** vorgenommen worden sei oder nicht, weil dies nicht zu den bedingenden Beweisen gehört. Der Prätor weiß also noch gar nicht, daß (wie wir es hier voraussetzen) das erste Testament ein **jure factum**, das zweite dagegen ein **non jure factum** sei. Regelmäßig also muß er stets lediglich aus letzterem die b. p. gegeben haben, und dem **institutus** des ersteren blieb nur die **her. pet.** übrig. Dagegen dürfen wir dies nicht für etwas ganz Unwandelbares halten. Wenn es schon entschieden bekannt war, das erste Testament sei **jure civili** gültig, das zweite dagegen ungültig, und ferner bereits feststand, daß der zuerst Eingesetzte die Erbschaft in Anspruch nehmen würde und die **hereditatis aditio** schon vorgenommen habe, so wird der Prätor ebenso wenig noch eine **sec. tab. b. p.** ertheilt haben, als er, wenn schon die **scripti** angetreten haben, noch eine **b. p. unde liberi** giebt (Bd. I. S. 237). Er würde hier etwas ganz Unnützes, im Gegentheil die Erbschaftsregulirung Verweitläuftigendes thun, und das wäre ein Mißbrauch des Instituts der b. p. gewesen sein. Daher konnte nun auch der in dem ersten Testament Eingesetzte, wenn die Frist noch lief, die **sec. tab. b. p.** erhalten.

b. Wenn kein testamentarischer Civilerbe vorhanden ist, so darf auch der Civilintestaterbe, also selbst der erheredirte **suus**, und in Ermangelung der **sui** der **proximus agnatus** den **sec. tab. b. possessor** vom Vermögen verdrängen. Aber hier kann dies auf alle Fälle nur durch die **her. pet.** oder **exceptio** (s. §. 105. Note 5) geschehen, eine gleich anfängliche Ausschließung des Instituirten von der **b. p. sec. tab.** ist, wie wir oben gesehen haben, durchaus nicht denkbar. Von

Digitized by Google

dieſem Auftreten des Inteſtaterben ſpricht Gaius II. 149 neben dem teſtamentariſchen Erben, während er im §. 119. lediglich Erſteren hervorhebt:

> **Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato jure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem juris est et si alia ex causa** (d. h. nicht bloß wenn die Frau ohne Tutor teſtirte, wovon im §. 118. die Rede war) **testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.**

Das **si nemo sit, ad quem ab intestato pertineat hereditas**, läßt ſich in drei Fälle zerlegen. Erſtens wenn in der That gar kein Civilerbe vorhanden iſt, zweitens wenn er da iſt, aber dem b. possessor die Erbſchaft nicht evinciren will, drittens wenn der b. possessor ſelbſt der nächſte civile Inteſtaterbe iſt. Im letzteren Fall iſt die Aufrechthaltung des Teſtaments, welche der Prätor vorſchreibt, gar nicht zu Gunſten des Eingeſetzten, wohl aber der Vermächtnißnehmer. Da überhaupt, wie jedes Teſtament, ſo auch das **non jure factum** ebenſowohl um Letzterer als um der Erſteren willen geſchützt wird, ſo muß dies nun auch feſtgehalten werden, wo das Intereſſe des Inſtituirten eher die Inteſtatſucceſſion herbeiführen mögte.

§. 107. — 2. **Das testamentum jure factum, postea irritum factum** [1]). Dies hängt mit dem zweiten

---

1) Daß ſich dieſer Fall auf die Vernichtung des Teſtaments durch ſpätere cap. dim. des Teſtators bezieht, iſt ebenſowenig zweifelhaft, wie die techniſche Bedeutung des non jure factum testamentum. Die noch mitzutheilenden Worte des Gaius beweiſen es vollkommen, ſ. auch Gai. II. 145 und 149 im Anf. In einem nicht techniſchen Sinne wird das Wort in fr. 1. de inj. rupt. genommen. — Die Bedeutung des Falles, wenn das Teſtament zugleich non jure factum

Digitized by Google

bedingenden Beweise der **sec. tab. b. p.** genau zusammen. Dadurch war nämlich der Fall ausgeschlossen, daß der Testator nach Errichtung des Testaments eine der drei **capitis diminutiones** erlitt, und in diesem Zustande verstarb, denn zur Erlangung der **b. p.** gehörte ja der Beweis, daß der Erblasser als **civis Romanus** und **suae potestatis** gestorben sei.

Aber ebenso wie wir beim **non jure factum** gesehen haben, daß keineswegs alle formellen Testamentsmängel, welche über die bedingenden Beweise hinaus lagen, jetzt für die Ertheilung der **sec. tab. b. p.** gleichgültig geworden wären, so können wir dies mit voller Sicherheit auch hier nachweisen. Ebenso wie dort die Zahl und Fähigkeit der Zeugen so wie die **unitas actus** die Bedeutung der vernichtenden Beweise behielten, so sind auch hier eine Reihe von Fällen der **cap. dim.** auszuscheiden, auf die sich der Prätorische Schutz des **irritum testamentum** gar nicht bezieht.

Vorerst ist in allen den Fällen Nichtigkeit der **sec. tab. b. p.** vorhanden, wo die **cap. diminutio** schon zur Zeit der Testamentserrichtung Statt gefunden hatte. Dies beweist sich schon dadurch, daß Gaius nur von dem **testamentum postea irritum factum** spricht. Es geht ferner auch aus den Bd. I. S. 178 und 185 mitgetheilten Stellen hervor, welche zeigen, daß die Errichtung eines Testaments von Seiten eines **servus**, Nichtcivis oder **filiusfamilias** unter die allgemeine Frage der mangelnden **testamentifactio** gehört, in Folge deren **b. p. peti non potest.**

Aber wir müssen wohl noch weiter gehen. Nicht jedes Testament wird vom Prätor geschützt, dessen Urheber nach der Errichtung eine **capitis diminutio** erlitt, die noch vor dem Tode wieder weggefallen ist, sondern nur dann wird es aufrecht erhalten, wenn dies eine **capitis diminutio minima** war [2]). Dies scheint Gaius im §. 147. sagen zu wollen:

---

und irritum ist, kann man sich leicht construiren; s. meine historia b. p. sec. tab. p. 69.

2) Die entgegengesetzte Ansicht hatte ich in meiner historia b. p. sec. tab. angenommen (p. 42.), der dann Buchholz in der Recension dieser Schrift in der Hallischen Literaturzeitung widersprach.

Digitized by Google

nam si ideo irritum fit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut hic in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate est, non potest scriptus heres secundum tabulas b. p. petere.

Also nur bei der **cap. dim. minima** setzt Gaius ausdrücklich hinzu, daß sie, um ein Hinderungsgrund der **sec. tab.** zu sein, noch **mortis tempore** bestehen müsse, wogegen eine nach der Testamentserrichtung eingetretene **cap. dim. maxima** und **media** ganz allgemein den Prätorischen Schutz unmöglich macht; wogegen freilich, wenn dann durch **indulgentia principis** eine **in int. rest.** gegeben wird, ein noch stärkeres Recht, nämlich völlige Convalescenz des Testaments die Folge ist [3]). Hiemit stimmt überein, daß die Pandektenstellen, welche von dem Prätorischen Schutze des **irritum testamentum** handeln, lediglich von der **minima cap. dim.** sprechen.

Es ist also dieser ganze zweite Fall ein dem Umfange nach sehr geringer. Wenn der Testator bei der Testamentserrichtung und beim Tode **sui juris** war, aber in der Zwischenzeit einmal in einer fremden Familie gestanden hat, so soll das Testament nichts destoweniger ein Prätorisch gültiges sein, und der Eingesetzte, falls keine Civilerben Ansprüche machen, eine **b. p. cum re** haben.

Es fragt sich nun, wer diese Civilerben sein können. Während beim **non jure factum testamentum** sich sowohl **heredes ex testamento** als **ab intestato** denken lassen, so leuchtet es ein, daß hier nur von gegenüberstehenden Civilintestaterben die Rede sein kann. Wir nehmen hier ja ein **jure factum testamentum** an, also ein anderes früheres Testament wird dadurch rumpirt, und umgekehrt ein anderes späteres Testament vernichtet das **irritum** dergestalt, daß nun auch der Prätorische Schutz aus demselben nicht mehr möglich ist. Gegen den Intestaterben aber steht das **irritum** ebenso wie das **non jure factum**, wir können also auch nach dem im vorigen § Gesagten die Sache genauer so fassen: die **b. p.** aus

3) **Fr. 6. §. 12. de inj. rupt.**

Digitized by Google

dem **irritum testamentum** ist **cum re**, wenn gar kein **legitimus** vorhanden ist, oder der Vorhandene verzichtet, oder endlich der **b. possessor** selbst der nächste Civilintestaterbe ist.

Wir sehen indessen aus einer Pandektenstelle, daß die Römer im Schutz des **irritum testamentum** noch weiter gegangen sind, was sich aber doch aus dem bisher Gesagten sehr naturgemäß entwickeln mußte. Der Prätor behandelt es nämlich, wie wir gesehen haben, als ein gültiges Testament, weßhalb denn trotz der civilen Nichtigkeit eine **b. p. ab intestato** nicht mehr ertheilt werden kann. Freilich will er den **legitimi** ihr Civilrecht damit nicht entziehen, aber da er doch einmal die Gültigkeit des Testaments als die juristische Basis annimmt, so muß sich danach auch die Art des Rechtsschutzes richten, welche er den **legitimi** gegen dies Testament gewährt. Es ist nämlich eine **exceptio doli**, wodurch sie gegen den klagenden **scriptus heres**, wenn er sich auf die Gültigkeit des Testaments nach Prätorischem Recht beruft, siegen. Aber nun können doch noch wieder Umstände eintreten, welche diese **exceptio** als unzulässig erscheinen lassen. Wenn nämlich der Testator, nachdem er aus der fremden Familie schon wieder herausgetreten war, nochmals besonders erklärt hat, er erkenne sein früheres Testament an, so macht der dadurch dasselbe nicht erst gültig, sondern es gilt ja schon ohne das nach Prätorischem Rechte. Man kann also nicht einwerfen, es werde hier Jemand in Folge einer formlosen Willenserklärung, gegen die allgemeinen Regeln des Rechts, beerbt. Aber gerade weil auch abgesehen hievon das Testament als ein in sich selbst gültiges erscheint, muß jene Erklärung des Erblassers eine juristische Bedeutung haben, und diese kann offenbar nur die sein, daß dadurch jenes Vertheidigungsmittel der **legitimi**, welches der Prätor an und für sich gegen das Testament zuläßt, elidirt wird. Hiernach wird folgende Stelle verständlich sein:

> **Fr. 11. § 2. de b. p. sec. tab. (Papinian.) — Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui juris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat (mit dem Int. quor.**

Digitized by Google

der der Ruption durch einen schon vor dem **mortis tempus** wieder weggefallenen **postumus.**

Das Interesse des **postumus** kommt gar nicht mehr in Betracht, also es ist lediglich die civilrechtliche Strenge, welche ganz allgemein die Nichtigkeit des Testaments anordnet. Diese aber erscheint hier mehr als **juris scrupulositas**, wie als vernünftige Rechtsbestimmung, und so ist es wahrlich nicht wunderbar, daß der Prätor auch in diesem dritten Falle das Testament für gültig erklärte, und dem Eingesetzten Schutz verlieh, sobald nur kein Civilerbe Anspruch auf die Erbschaft mache. Das Testament war doch anfangs gültig errichtet worden, die vernichtende Person war wieder weggefallen, der Testator hätte also, ebenso wie beim **irritum testamentum**, nur ganz dasselbe Testament noch einmal ohne alle Veränderungen zu errichten brauchen; diese rein formelle Wiederholung sollte daher nicht mehr nöthig sein. Auf eine nochmalige Anerkennung des Testaments von Seiten des Testators konnte es der Prätor hier ebensowenig stellen, wie dort beim **irritum testamentum**, denn das hieße durch **nuda voluntas** ein Testament constituiren. Hätte also nicht der Prätor schon ohne das Grund genug gehabt, das Testament aufrecht zu erhalten, so hätte dann auch die nochmalige besondere Anerkennung keine Bedeutung haben können.

Da aber das Testament schon in sich selbst als Prätorisch gültig behandelt werden durfte, so mußte auch hier der Schutz der **legitimi** (denn auch hier sind ebenso wie beim **irritum testamentum** nur diese denkbar) die juristische Gestalt einer **doli exceptio** annehmen. Wir werden dies nachher noch durch ausdrückliche Quellenzeugnisse bestätigt finden. Daher dürfen wir aber auch wohl unbedenklich annehmen, daß ebenso wie beim **irritum** die nochmalige Anerkennung des Testaments diese **doli exceptio** vernichtete.

Wir können uns nicht wundern, daß in den Quellen hievon nicht die Rede ist. Denn diesem Fall des **ruptum testamentum** wurde, wie wir alsbald sehen werden, schon durch Hadrian eine noch viel stärkere Kraft beigelegt, und so kommt es, daß die Pandektenstellen, welche ihn erwähnen, nur von diesem späteren Rechte sprechen. Es ist ein Glück, daß wir

Digitized by Google

in den oben angeführten Stellen von Gaius und Ulpian noch den Beweis besitzen, daß sich schon vor dem Hadrianschen Rescript der schwächere Prätorische Rechtssatz neben dem **non jure factum** und **irritum** auch auf das **ruptum testamentum** erstreckt hat. Die Juristen mußten das frühere rein Prätorische Recht noch immer erwähnen, weil dasselbe beim **irritum testamentum** nie durch Kaiserrescripte verändert worden ist, also noch praktisch war, und weil auch bei dem **ruptum** und **non jure factum testamentum** dies zu ihrer Zeit geltende Recht sehr viel leichter verständlich wurde, wenn man den vorhergehenden Schritt des Prätors kannte. Die Kaiser knüpften ganz eng daran an, und deßhalb haben ihre Bestimmungen, die doch Civilrecht sind, ganz die äußere Gestalt des Prätorischen Rechtes. —

Hiermit sind die drei Fälle der, wie Gaius sich ausdrückt, **non per omnia inutilia testamenta** dargestellt. Es erhebt sich aber die Frage, ob sich der Prätorische Schutz nicht etwa noch auf einen vierten Fall bezogen habe, der dem **ruptum testamentum**, wie wir es eben dargestellt haben, außerordentlich nahe stand. Nämlich wenn ein **filius suus jam natus** durch seine Präterition das Testament vernichtet, aber nun jedenfalls vor dem Erblasser stirbt, warum soll nicht auch hier ebenso wie beim **postumus** das Testament als Prätorisch gültiges aufrecht erhalten worden sein?

Ich habe oben schon bemerkt, daß hier nicht die Frage ist, was der Prätor recht wohl hätte thun können, sondern was er wirklich gethan hat; ferner daß nicht ein inneres Princip vorliegt, wonach, was beim **ruptum testamentum** sich beweisen läßt, nun auch ebenso selbst beim völligen Schweigen der Quellen für den eben genannten Fall mit Nothwendigkeit angenommen werden müßte. Es läßt sich leicht nachweisen, daß, während das **irritum** und **ruptum** ganz und gar auf gleicher juristischer Stufe stehen, und also auch der Prätor sie durchaus gleichartig behandeln konnte, in unserem Falle wesentlich andere juristische Gesichtspunkte in Betracht kommen. Dort lag ein im Anfange vollkommen gültiges Testament vor; wenn es nun freilich auch hinterdrein durch das Interesse des arrogirenden Vaters oder des agnascirenden **suus** vernichtet

Digitized by Google

wurde, so waren diese Personen dann doch vor dem Tode des Testators wieder weggefallen, und so konnte man sich leicht über diese Vernichtungsgründe hinwegsetzen. Beim **filius jam natus** aber nahm die Römische Praxis stets an, daß gar kein Testament errichtet worden sei; hätte also der Prätor dies dennoch schützen wollen, so hätte er sich über die Regel hinwegsetzen müssen, daß was von Anfang an nichtig ist, nicht convalesciren kann. Ich will nicht sagen, daß es eine Undenkbarkeit sei, der Prätor habe dies gethan, aber jedenfalls war es ein juristisch viel bedenklicherer Schritt, und es kommt nun lediglich darauf an, ob er ihn wirklich unternommen hat. Davon aber läßt sich vollständig das Gegentheil darthun.

Schon nach jenen Stellen des Gaius und Ulpian, die bei unserem Prätorischen Rechtssatze nur die drei Fälle des **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum**, und wahrlich nicht bloß beispielsweise aufführen, ist die Annahme eines vierten Falles, der unter demselben Rechtssatze gestanden hätte, völlige Willkührlichkeit. Und daß die Präterition des **filius jam natus** mit unter dem Ausdruck **ruptum testamentum** zu begreifen sei, wäre eine noch viel schlimmere Annahme. Hiermit trifft es nun vollkommen zusammen, daß die Art, wie Gaius unseren Fall bespricht, die Möglichkeit jenes Prätorischen Schutzes gänzlich ausschließt. Eben nachdem er in den §§. 118—122. von letzterem gesprochen hat, fährt er II. 123. folgendermaßen fort:

> **Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat, vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus. et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant**

Digitized by Google

nullo jam filio impedimento, quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.

Wir haben oben schon bei dieser Stelle aus dem Stillschweigen des Gaius geschlossen, daß hier wie bei den **postumi** von keiner wahren **contra tabulas** die Rede sein kann, da er umgekehrt bei den Accrescenzerben und Emancipirten derselben sorgfältig Erwähnung thut. Ebenso sicher aber scheint mir auch der Schluß auf die **sec. tab. b. p.** Nachdem er gerade vorher den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** ausgeführt hat, könnte er von der Präterition des verstorbenen Haussohns gar nicht so sprechen, wie er thut, wenn dafür im Edicte gleichmäßige Bestimmungen bestanden hätten. Nach der Ansicht seiner Schule soll der Erblasser völlig **inutiliter** testirt haben, also zu einer **sec. tabulas** war hier ebenso wenig Raum, wie zu einer **c. t. b. p.** Die Gegner erkannten dies freilich nicht an, aber sie gingen über die Gränzen jenes Prätorischen Schutzes nun völlig hinaus, sie nahmen civilrechtliche Gültigkeit des Testaments, also auch Zulässigkeit der **her. aditio** an. Indessen wissen wir, daß diese Ansicht nicht durchgedrungen ist [1]), und so haben wir als gewiß festzuhalten, daß die Präterition des schon lebenden Haussohns, mogte er noch leben und Ansprüche machen, oder mogte er schon früher gestorben sein, stets für die **sec. tab. b. p.** die Bedeutung des vernichtenden Beweises behielt [2]), m. a. W. daß immer, wenn dieser Nichtigkeitsgrund des Testamentes zu Tage kam, nach civilem wie Prätorischem Recht die Intestatsuccession eintrat.

§. 109. — 4. Aufrechthaltung des Testaments in Folge des Abstinirens eines präterirten **suus** [1]). Aus

---

1) **Fr. 7. de liber. et post. (Paulus)** — Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo jure utimur.

2) Es ist also nicht eine b. p. sine re, sondern eine quae data non intelligitur, wenn trotz dem die sec. tab. ertheilt worden war.

1) Diesen vierten Fall habe ich in meiner historia sec. tab. b. p.

Digitized by Google

der bisherigen Darstellung wird es zur Genüge hervorgehen, daß ein vierter jenen dreien gleichartiger Fall nicht bestanden haben kann; also die Prätorische Rechtsregel, daß einzelne vitiöse Testamente Wirkung haben sollen, **si nemo alius sit jure civili heres**, ist in den voraufgehenden §§ vollständig dargestellt. Wir finden nun aber in den Quellen noch einen anderen Prätorischen Rechtssatz angedeutet, der ebenfalls in die Lehre dieses Kapitels, in der wir die ausnahmsweise Schützung civilrechtlich ungültiger Testamente zu prüfen haben, gehört. Er ist gerade das Umgekehrte des vorigen. Es wird auch bisweilen, **si alius sit jure civili heres**, das Testament vom Prätor aufrechterhalten. Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, daß dies sich nur denken läßt, wenn der Civilerbe ein **suus** ist, der in dem Testamente präterirt wurde, durch diese Präterition es vernichtete (also ein **filius jam natus** oder ein **postumus**), und nun vom väterlichen Vermögen sich abstinirt.

Ferner aber leuchtet auch ein, daß Gaius und Ulpian diesen vierten Fall mit jenen dreien, denen er gerade entgegengesetzt ist, nicht zusammenstellen konnten; wir lernen ihn vielmehr aus einer Pandektenstelle kennen (**fr. 17. de inj. rupt.**), welche in einem anderen Zusammenhange bereits mitgetheilt worden ist (§. 95.). Dort ist auch schon die juristische Bedeutung des Falles genauer entwickelt [2]). Der Prätor erkennt im Allgemeinen die Nichtigkeit des Testaments und die Intestatsuccession, wenn ein präterirter Haussohn oder **postumus** den Erblasser überlebt, vollkommen an, aber wenn diese interessirten Personen abstiniren, so sollen, da doch jedenfalls beim Vorhandensein des **suus** die übrigen **legitimi** vom Civilrecht nicht gerufen werden, gegen die **subtilitas juris** die

---

p. 44 sqq. nicht richtig dargestellt. Der Umstand, daß Gaius und Ulpian ihn nicht neben den anderen dreien erwähnen, führte mich weiter als dieser Grund allerdings beweist, und so kam ich dazu den Fall ganz zu läugnen. Indeß liegt das Richtige doch nicht weit von dem entfernt, was ich damals annahm.

2) S. auch §. 88. Note 11. — Besonders ist noch auf Franckes (Notherbenrecht S. 108.) treffliche Interpretation des fr. 17. cit. zu verweisen.

Digitized by Google

Dispoſitionen des Teſtaments **ex bono et aequo** geſchützt ſein. Alſo nicht wie in jenen anderen drei Fällen wird der Ungültigkeitsgrund des Teſtamentes ſelbſt vom Prätor mißbilligt, ſondern das Ganze ruht auf einem von Außen herzutretenden Umſtande, auf dem Willen des Civilerben, und dies **beneficium abstinendi** iſt die Grundlage, aus welchem die weiteren Rechtsverhältniſſe ſich erklären.

Ich überlaſſe es dem Leſer, ſich die Aehnlichkeiten und Unähnlichkeiten, welche hiernach zwiſchen dieſem vierten Falle und den anderen dreien beſtehen, ſelbſt zu conſtruiren, und begnüge mich die Hauptpunkte, welche das **beneficium abstinendi** mit ſich führt, hervorzuheben. Der **suus**, welcher abſtinirt, bleibt nichts deſtoweniger **heres** [3]), aber der Prätor läßt die Wirkungen des Erbrechts nicht für ihn eintreten [4]). Die gewöhnliche Folge davon iſt nun, wegen der meiſt vorliegenden Inſolvenz, die **bonorum venditio**, wovon denn auch die Römiſchen Juriſten meiſtens ſprechen [5]), und in dieſem Falle iſt nicht die Aufrechthaltung des Teſtaments, ſondern die Prätoriſche Univerſalſucceſſion aus der **bonorum venditio** das Endreſultat.

Aber freilich kann der **suus**, auch ohne daß das Vermögen inſolvent iſt, abſtiniren, er kann gute Gründe haben, ſich in die weitläuftigen väterlichen Erbſchaftsverhältniſſe nicht einlaſſen zu wollen [6]), ja es braucht ihm auch der Vater gar nicht abhold geweſen zu ſein. Wir können ja annehmen, daß er Andere inſtituirte, aber dem präterirten **suus** ein großes Legat hinterließ. Ebenſo wenig wie nach Note 6. der inſtituirte Sohn, wenn er abſtinirt, dadurch ſein Recht auf das Legat

---

3) fr. 1. §. 7. si quis omissa. fr. 30. §. 10. de fideic. lib.

4) Fr. 12. pr. de int. in jure.

5) Gai. II. 158. fr. 8. de jure del. fr. 28. de reb. auct. jud. fr. 10. de sepulcro viol.

6) Fr. 87. de legat. I. (Pap.) Filio pater, quem in potestate retinuit, heredi pro parte instituto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. fr. 89. de legat. I.

Digitized by Google

einbüßt, so kann man es dem Präterirten verweigern, wenn er gerade deßhalb auf die Universalsuccession verzichtet, damit der Instituirte als **sec. tab. bonorum possessor** die Erbschaft regulire und ihm sein Legat auszahle.

Umgekehrt kann es auch gerade der Sohn selbst sein, welcher, obgleich das Testament durch ihn vernichtet ist, (wenn er unter einer casuellen Bedingung instituirt war) die **sec. tab. b. p.** erbittet, sei es aus Pietät, sei es aus anderen Zwecken; wobei es aber nicht zweifelhaft ist, daß wenn er nur unter gewissen Voraussetzungen (z. B. die Bedingung seiner Einsetzung werde eintreten) auf sein Notherbenrecht verzichtete, weiter hinaus auch die testamentarische Succession nicht aufrecht erhalten wird (s. §. 89.).

Ueberhaupt wird Jedermann einsehen, daß die Wirkungen des Abstinirens sehr verschiedenartige sein können, und daß dies aus den Gründen sowie den Voraussetzungen, unter denen der Verzicht des **suus** vorgenommen wurde, sich stets gar leicht ableiten läßt [7]).

III. Die kaiserlichen Rescripte.

§. 110. Ueber die bisher dargestellten vier Fälle ist der Prätor in der Aufrechthaltung civilrechtlich ungültiger Testamente nicht hinausgegangen, wenigstens finden wir davon in unseren Quellen keine Spuren. An dies Prätorische Recht knüpften nun aber wiederum die Kaiser an, und zogen so die Sache gleichsam wieder ins Civilrecht zurück. Dies bleibt mir nun noch darzustellen übrig.

Wir haben hier drei verschiedene Punkte kennen zu lernen,

---

7) Alle Successionen, welche hinter einem abstinirenden suus eintreten, ruhen lediglich auf Billigkeit, aber freilich einer sehr natürlichen. Man nahm an, daß der suus nur quoties rem haberet (d. h. wenn er das Vermögen wirklich erhält), dem entgegenstehe, welcher beim Nichtvorhandensein desselben heres sein würde; das nudum nomen sui heredis soll kein Hinderniß sein. So rief man denn auch, wenn kein Testament vorhanden war, hinter dem abstinirenden suus die Mutter fr. 2. §. 8. ad SC. Tertull. African und Publicius hatten dies nur zweifelnd aufgestellt (tentant dicere), Ulpian billigt es mit den Worten: quae sententia aequior est.

Digitized by Google

die sich aber nur auf zwei von jenen vier Fällen, nämlich das **non jure factum** und **ruptum testamentum** beziehen. Für das **irritum** so wie das wegen Abstention des **suus** aufrecht erhaltene Testament ist das bisherige Recht unverändert geblieben.

1. **Das testamentum posterius imperfectum.** Wir beginnen mit einem Punkte, der sich auf das **non jure factum testamentum** bezieht, und von dem wir auch gar nicht mit Bestimmtheit wissen, ob er in der That durch ein kaiserliches Rescript eingeführt sei. Nur aus seiner inneren Natur läßt sich dies als wahrscheinlich entnehmen, da er mehr einer singulären kaiserlichen Verfügung als einer Prätorischen Edictsbestimmung ähnlich sieht.

Das test. **non jure factum** war gegen ein früheres civilrechtlich gültiges nach Prätorischem Rechte, wie wir gesehen haben, nicht geschützt, wohl aber gegen die, welche als **legitimi** Anspruch auf die Erbschaft machten, unter Anderem auch dann, wenn der im Testament Eingesetzte selbst der nächste civile Intestaterbe war; denn alsdann waren ja seine Gegner nicht wahrhaft **heredes ex jure civili**. Diesen Satz finden wir nun merkwürdiger Weise auch auf den Fall übertragen, wenn aus einem früheren Testamente ein Civilerbe dem **b. possessor** gegenübersteht [1]).

Aus dem bisher dargestellten Prätorischen Rechte folgt dies, wie leicht einzusehen ist, nicht; es ist eine ganz neue, die Bedeutung des **non jure factum testamentum** vergrößernde Bestimmung, von der wir nicht wissen, wann und von wem sie eingeführt worden ist, bei der es auch überdem unklar bleibt, ob die testamentarischen Civilerben nur dann zurückgetrieben werden sollen, wenn die im zweiten Testament Eingesetzten die nächsten Civilintestaterben, oder auch die nächsten vom Prätor **ab intestato** Gerufenen sind. Das

---

1) Fr. 2. de injusto rupto (Ulp.). — Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel jure militari sit factum, vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

Digitized by Google

aber ist jedenfalls sicher, daß unter diesem zweiten **non rite perfectum testamentum** zu Ulpians Zeit lediglich unser **non jure factum**, welchem der Prätor jene suppletorische Gültigkeit verliehen hatte, verstanden werden kann.

Dies Alles ist sehr gut von Fabricius S. 127. u. ff. entwickelt worden, und ich habe deßhalb nur noch Folgendes hinzuzufügen. Fabricius nimmt mit Recht an, daß der Rechtsschutz des im **imperfectum** Eingesetzten darauf ruht, daß er die **sec. tab. b. p.** agnosciren muß, und alsdann gegen den klagenden testamentarischen Civilerben die **doli exceptio** hat, oder umgekehrt Letzterem gegen das Interdict des Ersteren nicht mehr die **doli exceptio** zugestanden wird. Deßhalb meint aber Fabricius, Ulpian könne unmöglich die Endworte: **tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur**, welche auf eine civilrechtliche Vernichtung deuteten, geschrieben haben, und sie könnten nur von den Compilatoren herrühren.

Mir scheint diese Annahme kaum nöthig. Das **non jure factum testamentum** erschien schon als prätorisch gültig, jetzt wird es sogar in diesem besonderen Falle dem Civiltestamente vorgestellt, und wenn nun namentlich es richtig wäre, daß dies durch ein Kaiserrescript geschehen sei, so scheint mir, daß Ulpian recht wohl so schreiben konnte, wenngleich der ganze Rechtsschutz nur auf verweigerten und gegebenen **exceptiones doli** ruht, und der im zweiten Testament Eingesetzte lediglich durch die **sec. tab. b. p.**, nicht auch durch **her. aditio** zur Erbschaft gelangen kann.

Sei dem, wie ihm wolle, jedenfalls wurde hier jetzt dem practischen Effecte nach das frühere Testament durch das spätere **imperfectum** rumpirt. Und dies mußte nothwendig die weitere Folgerung herbeiführen, daß da das spätere Testament seinem Inhalte nach aufrecht erhalten wird, dieser Inhalt nun auch für die Frage in Betracht kommen muß, ob nicht dadurch das Notherbenrecht Anderer verletzt sei. Und wenn dies der Fall ist, so muß das spätere Testament, gerade weil es das frühere vernichtet, der Grund werden, daß der Notherbe zur Succession gelangt, während wenn das zweite Testament gegen das erste nicht aufrecht erhalten werden kann, es

Digitized by Google

natürlich nur darauf ankommt, ob in diesem ersten der fragliche Notherbe gehörig berücksichtigt worden sei [2]).

2. Das **testamentum ruptum**. Den vorigen Fall habe ich gleich vorausgestellt, weil wir nicht wissen, wann die angegebene Rechtsänderung eingeführt worden ist, und sie möglicherweise den jetzt zu prüfenden Punkten, bei denen wir Zeit und Urheber kennen, vorausgegangen sein kann.

Ein Rescript von Hadrian bestimmte, daß die **sec. tab. b. p.** aus jenem Falle des **ruptum testamentum** nicht bloß, wie der Prätor angenommen hatte: **si nemo alius sit jure civili heres**, sondern überhaupt **cum re** sein solle.

Wir wollen gleich, ehe wir die Stelle kennen lernen, wodurch dies bewiesen wird, die Bedeutung dieses Satzes verfolgen. Die Prätorische Regel über das **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** habe ich oben-so bezeichnet, daß sie eine suppletorische, ihrer inneren Bedeutung nach hinter den **legitimi** aber vor allen Prätorischen Intestaterben stehende Klasse bildet. Jetzt wird nun das **ruptum** gegen alle Civilerben geschützt d. h. gegen die **legitimi** (denn testamentarische sind hier nicht denkbar), was heißt dies also Anderes, als das bisher für vitiös gehaltene Testament ist es jetzt gar nicht mehr, und zwar da ein kaiserliches Rescript dies bestimmt,

---

2) Fr. 12. §. 1. de b. p. c. t. (Gaius). — Si prius testamentum exstet jure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet (c. t.) bonorum possessionem, si remoto quoque filio (wenn man sich den filius hinwegdenkt) potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita jus habet, ut quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur. S. §. 95. Note 2. Unter dem filius ist hier übrigens ein emancipatus verstanden, denn beim filius suus ist das Testament, auch wenn er schon wieder gestorben war, inutiliter errichtet, hier würden also auch amoto filio die Eingesetzten nicht hereditatem obtinere fr. 16. §. 1. de vulg. et pup. subst. Also überhaupt das zweite Testament darf nicht aus einem anderen auch vom Prätor anerkannten Grunde von vorn herein nichtig sein.

Digitized by Google

ſo kann es auch nicht einmal mehr ein civilrechtlich ungültiges Teſtament genannt werden. Wir dürfen alſo auch ſagen, daß die alte Klaſſe der **sec. tab. b. p.** aus einem **jure factum testamentum** dieſen Fall des **ruptum** ganz in ſich verſchmolzen hat, und ſo iſt denn der civilrechtliche Vernichtungsgrund, welcher hier früher beſtand, und Anfangs einen vernichtenden Beweis für die **sec. tab.**, ſpäter einen Grund der **b. p. sine re** darbot, jetzt hinweggefallen. Nur noch in einem allerdings wichtigen Punkte beſteht ein Unterſchied zwiſchen dem vollgültigen und dieſem **ruptum testamentum.** Aus jenem braucht der Inſtituirte die **sec. tab.** gar nicht zu agnosciren, und kann dann doch eine **ab intestato** hinterdrein ertheilte **b. p. sine re** machen. Aus dem **ruptum testamentum** aber muß der Eingeſetzte, wenn er zur Succeſſion gelangen will, die **b. p.** erbitten, eine bloße **her. aditio** und in Folge derſelben **her. petitio** gegen einen ſpäteren **b. possessor** iſt ihm nicht geſtattet. Dies erklärt ſich daraus, daß das kaiſerliche Reſcript ſich ganz in die Form des Prätoriſchen Rechts einkleidet, alſo abgeſehen von dem, was es direct daran verändert, ganz auf den Vorausſetzungen der Prätoriſchen Succeſſion ruht.

Nunmehr können wir zu den Pandektenſtellen übergehen, worin von dieſem Rechte des **ruptum testamentum** die Rede iſt. Sie ſind deßhalb noch beſonders intereſſant und wichtig, weil darin auch zugleich eine Zuſammenſtellung mit dem Rechte anderer vitiöſer Teſtamente, welches wir ſchon kennen, enthalten iſt. Betrachten wir zuerſt das bekannte **fr. 12. pr. de inj. rupto** von Ulpian:

> **Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit; licet juris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et Imperator noster rescripserunt; idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa injustum et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum pos-**

Digitized by Google

sessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit.

Abgesehen von dem Endsatze ist die Stelle sehr einfach verständlich. Daß aus dem **ruptum testamentum**, sobald nur die bedingenden Beweise vorliegen (**si signatum fuerit testamentum**), eine **sec. tab. b. p.** trotz der civilrechtlichen Ungültigkeit gegeben werde, ist gar nichts Neues, das lag schon in jener früheren Prätorischen Bestimmung. Das Eigenthümliche, um dessentwillen Ulpian das Rescript Hadrians anführt, ist das absolute **rem obtinebit**, d. h. daß die **b. p.** jetzt stets **cum re** sein soll, und daher die Legatare und Fideicommissare vollkommen gesichert sind [3]). Mit anderen Worten die Prätorische Einschränkung, daß die **sec. tab.** dann nicht **cum re** sein soll, **si alius sit jure civili heres**, wurde nun auch hier aufgehoben.

Dies leuchtet noch unzweifelhafter aus dem Gegensatze hervor, in welchem Ulpian die am Ende der Stelle erwähnten beiden Fälle dem **ruptum** gegenüberhält. Die **b. p.** aus dem **injustum** und **irritum testamentum** soll nur dann abso-

---

3) Fabricius S. 136. u. S. 209. beschränkt dies wegen fr. 13. de doli mali exc. auf den Fall, wenn dem b. possessor Agnaten gegenüberstehen, wogegen die liberi ihm die b. p. noch immer zur sine re hätten machen können. Allein dies scheint mir mit den ganz ausnahmslos hingestellten Worten Ulpians: remque obtinebit durchaus unvereinbar, und daß jenes fr. 13., das so viele Schwierigkeiten gemacht hat, damit ganz übereinstimmt, habe ich in meiner hist. b. p. sec. tab. p. 62. gezeigt: Liberis exheredatis, qui nihil ex patris judicio meruerunt, rupto testamento jus suum conservandum est, nec opponetur doli mali exceptio. Dies heißt nicht: den exheredirten Kindern wird, wenn das Testament rumpirt ist, ihr Recht conservirt (das würde ja gar nicht zu dem Zusatze: qui nihil ex patris judicio meruerunt passen); sondern es heißt umgekehrt: wenn Kinder exheredirt sind, so ist dem ruptum testamentum sein Recht zu conserviren, und es kann auch nicht mehr die doli exceptio opponirt werden, welche hier vor dem Rescript Hadrians die legitimi, ebenso wie beim irritum testamentum, dem b possessor entgegensetzen konnten. Auch die Kinder und Erben des Exheredirten dürfen sich nicht auf die exceptio berufen; exheredatus enim obstat filiis suis. fr. 3. de conjungend. cum em.

Digitized by Google

lut **cum re** ſein, wenn der Eingeſetzte der nächſte Inteſtaterbe iſt, während dieſe Einſchränkung für das **ruptum** nicht mehr beſteht. Aber nun erhebt ſich die Frage, welche Fälle Ulpian mit den beiden Ausdrücken **injustum** und **irritum** bezeichnen will. Für letzteres beſteht kein Zweifel, Erſteres dagegen wird neuerdings meiſtens auf das durch Präterition eines (**filius**) **suus jam natus** nichtige Teſtament bezogen [4]), was ich ſchon in meiner **historia b. p. sec. tab. p. 55.** widerlegt zu haben glaube. Die Gründe, aus denen dies hervorgeht, ergeben ſich aus der bisherigen Darſtellung von ſelbſt. Daß nämlich jene Prätoriſche Rechtsregel ſich auch auf dieſen vierten Teſtamentsfehler bezogen habe, davon findet ſich nirgends in den Quellen eine Spur, und aus dieſer zweifelhaften Stelle ihn gerade beweiſen wollen, iſt deßhalb unzuläſſig, weil der Ausdruck **injustum testamentum**, wenn er auch bisweilen für dieſen Teſtamentsmangel gebraucht wird, doch keineswegs ausſchließend techniſch dafür iſt [5]) und jedenfalls Niemand läugnen wird, daß Ulpian ſehr wohl unter **injustum** auch das **non jure factum** verſtehen **konnte**. Beide Ausdrücke ſtehen ja ſprachlich ganz unmittelbar bei einander. Ziehen wir nun das im §. 108. Geſagte hinzu, bedenken wir namentlich, daß dies Schweigen des Gaius über dieſen fraglichen vierten Fall hier wahr-

---

4) Francke S. 118. Mühlenbruch Bd. 36. S. 318. Vangerow Leitfaden II. S. 254.

5) Dieſes vitium hat nicht ſo wie das Nachgeborenſein eines Kindes, die cap. dim. des Teſtators, die Ausſchlagung des heres, die Formfehler, einen eigenen ganz beſonderen Namen erhalten, ſondern bald wird das Teſtament **nullius momenti** (fr. 1. de inj. rupt. fr. 83. de cond. et dem.) bald **inutile** (fr. 30. de lib. et post. Gai. II. 123.) genannt, bald endlich wird davon allerdings geſagt, daß die Söhne es **injustum faciunt** (fr. 3. §. 3. fr. 6. §. 1. de lib. et post.). Aber dies heißt nichts als „ſie machen es ungültig," und eine techniſche Bedeutung iſt daraus nicht zu entnehmen, denn in ähnlicher Weiſe wird auch **irritum facere** oder **in irritum constituere** (obgleich ſonſt **irritum testamentum** eine ganz beſondere Bedeutung hat), häufig gebraucht. Isidor. Or. V. 24. fr. 1. de inj. rupt. fr. 15. §. 1. fr. 27. fr. 36. §. 3. de test. milit. fr. 81. de legat. II. fr. 18. de accus. et inscript. fr. 26. de negot. gest. fr. 11. §. 8. de interrog. in jure. fr. 14. de reb. eor. qui sub tut.

Digitized by Google

lich Mehr ist, als etwas bloß Negatives, so schwindet auch die Möglichkeit, in unserer Ulpianschen Stelle aus dem zweifelhaften Ausdruck **injustum testamentum** auf das Bestehen jenes Prätorischen Schutzes für das durch den Haussohn vernichtete Testament zu schließen [6]). Und von der anderen Seite ist die Annahme ja so nahe liegend, daß, wie Gaius und auch Ulpian (XXIII. 6.) die drei Fälle des **non jure factum**, **irritum** und **ruptum** nebeneinanderstellen, so dies auch in unserem **fr. 12. pr. cit.** geschehen sei [7]). Nur versetzt sich dabei Ulpian auf einen anderen Standpunkt als dort. Das **ruptum testamentum** war nach dem Rescripte Hadrians absolut geschützt worden, der Jurist kann also das **non jure factum** und **irritum** nur unter der Voraussetzung damit zusammenstellen, wenn die daraus ertheilte **b. p.** ebenfalls gleich mit der Ertheilung absolut **cum re** war. Dies ist aber, wie wir vorher schon entwickelt haben, lediglich der Fall, wenn der darin Eingesetzte zugleich der nächste Intestaterbe ist. Für das **irritum** bezweifelt dies Niemand, und auch das **non jure factum** ist, wie eben unter Nro. 1. ausgeführt wurde, nur unter dieser Voraussetzung absolut auch gegen ein früheres Civiltestament geschützt [7a]). Zugleich liegt aber hierin, daß Ulpian

---

6) Die Ansicht, daß in diesem Falle der Prätor noch weiter, als beim non jure factum, irritum und ruptum test. gegangen sei, und die **sec. tab.** für absolut **cum re** erklärt habe (so daß also der Prätor hier das gethan hätte, wozu es beim ruptum erst durch das Rescript Hadrians kam), hat gar nichts für sich, und ist schon von Francke S. 115. widerlegt.

7) Noch in einer anderen Stelle (fr. 1. de exc. rei jud.) werden die drei Fälle des **ruptum, irritum und non justum testamentum** zusammengestellt; freilich ohne weitere Erklärung, was darunter verstanden werde. Aber der Jurist muß doch die Aufrechthaltung dieser Testamente annehmen, da er daraus eine Klage auf die libertas oder ein Legat zuläßt, und sogar aus der Zurückweisung des Legatars (mag der Richter recht oder unrecht entschieden haben) kein praejudicium für die libertas entstehen soll. —

7a) Damit widerlegt sich Franckes Bedenken, daß von dem non jure factum test. deßhalb hier nicht die Rede sein könne, weil nach dem Rescript des Anton. Pius (Mark Aurel) dies ebenfalls absolut und nicht bloß wenn der Instituirte zugleich Intestaterbe war, geschützt

Digitized by Google

gar nicht die Absicht hat, das ganze Rechtsverhältniß des **non jure factum** und **irritum test.** zu entwickeln, also alle Fälle anzugeben, in denen die daraus ertheilte **b. p. cum re** ist. Also die anderen beiden Fälle, die wir oben gerechtfertigt haben (daß der **b. possessor** das Vermögen behält, wenn sich kein Civilerbe findet, oder wenn der vorhandene die **her. pet.** nicht anstellt), bestehen noch daneben, nur eigneten sie sich, da das **cum re**-Sein hier im Anfange noch unsicher ist, nicht zur Zusammenstellung mit dem **ruptum testamentum.** —

Außer dem **fr. 12. cit.** besitzen wir noch eine andere hieher gehörige Pandektenstelle [8]), worin aber nur zwei von unseren Fällen, nämlich das **irritum** und **ruptum testamentum** mit einander verglichen werden. Auch sie ist uns zur klareren Anschauung dieser ganzen Lehre dienlich.

> **Fr. 8. §. 3. de jure codicill. (Paul.) — Si post factum testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde arrogandum se praebuerit, et ibi codicillos fecerit, atque ita emancipatus decesserit, quaeritur, an ex codicillis legata debeantur, nam et (Hal. nec) testamentum valet; sed (et) eo tempore eos fecit, quo testamenti factionem non habuit; nec similis est muto, qui recte codicillos confirmaverit, licet enim is testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat, in eodem statu est; hujus autem testa-**

---

worden sei. Wir werden alsbald sehen, daß jenes Rescript dem **non jure fact.** nur gegen die **legitimi** Schutz gewährte, sollte es absolut (also auch gegen testamentarische Civil-Erben) gültig sein und mithin die Legatare völlig sicher stellen, so mußten die nächsten Intestaterben (nach Nro. 1.) eingesetzt sein. Da dieser Satz aber auch noch im Justinianeischen Rechte für das **imperfectum testamentum** gilt (wobei allerdings das Wort **imperfectum** einen anderen Sinn hat), so macht unsere Interpretation des fr. 12. auch vom Standpunkte der Justinianeischen Compilation keine Schwierigkeit

8) **Fr. 9. de jure fisci** gehört nicht hieher. Es spricht von einem nach dem Tode geborenen und gleich wieder verstorbenen **postumus. fr. 22. §. 4. de capt. et de postlim.** ist aus der **fictio legis Corneliae** zu erklären.

Digitized by Goog

mentum sublatum est, et de alienis quodammodo rebus testatur. Sed dicemus, codicillos valere, nam etsi postumus natus ruperit testamentum et decesserit, nihilominus codicilli valent.

Der Jurist fragt, ob neben dem **testamentum irritum** die Codicille bestehen können, welche im Zustande des Arrogirtseins errichtet wurden. Wenn nun auch gerade die Lesart des Hauptgrundes, den der Jurist anführt, zweifelhaft ist, so scheint mir doch sein ganzer Gedankengang wenig Zweifel zu lassen. Nachdem er zuerst die Frage aufgeworfen hat, geht Paulus offenbar darauf aus, Gegengründe, welche die Ungültigkeit der Codicille mit sich zu führen scheinen, anzugeben, und ebendeßhalb läßt sich die Lesart: **nam nec testamentum valet** allerdings vertheidigen. Er versetzt sich in die Zeit, wo die Codicille gemacht werden. „Hier gilt ja nicht einmal das Testament selbst, und (man müßte dann auch für **sed: et** lesen) er hat sie zu einer Zeit errichtet, wo er keine **testamentifactio** hatte. Es läßt sich dies also mit einem **mutus** gar nicht vergleichen, denn durch den nachher eintretenden Körperfehler wird das frühere Testament gar nicht afficirt, während es durch die Arrogation vernichtet wird.“ So läßt sich der Sinn allerdings fassen: aber richtiger scheint mir doch die entgegengesetzte Lesart. Danach führt Paulus gleich zuerst einen bejahenden Grund an. „Die Codicille müssen allerdings gelten, denn es gilt ja auch trotz der vorübergehenden Arrogation das Testament.“ Die Worte **nam et testamentum valet** heißen danach so viel, als was Papinian in **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** (§. 107.) mit **non enim de jure testamenti maxime quaeritur** ausdrückt. Das Testament wird als ein an und für sich gültiges vom Prätor behandelt, und offenbar nimmt Paulus hier eine **b. p. cum re** des Eingesetzten an, da er lediglich die Frage aufwirft, ob die Legatare aus jenen Codicillen auftreten dürfen, was wenn der Eingesetzte selbst durch die **legitimi** vertrieben werden könnte, eine ganz unnütze Frage gewesen wäre.

Nachdem er also zuerst die Gültigkeit des Testaments anerkennt, giebt er dann freilich einen Gegengrund zu, und so

Digitized by Google

wird das **sed** vollkommen erklärlich. „Allerdings hat der Arrogirte in der Zwischenzeit keine **testamentifactio**, und auch sein Testament war einstweilen völlig **sublatum**, also mit dem **mutus** kann man ihn nicht vergleichen." Dafür aber führt nun Paulus am Schluß einen anderen Fall an, der zur Vergleichung geeigneter ist. Auch bei dem wieder verstorbenen **postumus** ist eine Zwischenzeit, worin das Testament völlig ungültig war. Aber da dies doch seit Hadrian absolut auch mit den Legaten aufrecht erhalten wurde (**remque obtinebit, et legatarii habebunt ea, quae sibi relicta sint, securi**), so konnte hier jedenfalls kein Zweifel sein, daß auch die in der Zwischenzeit errichteten Legate, als **annexum** des Testaments, Gültigkeit haben müßten [9]).

Freilich ist nun jenes **irritum testamentum** nicht so stark geschützt, als das **ruptum**. Die **legitimi** können dagegen auftreten; aber mit Recht meint Paulus, daß dies für die aufgeworfene Frage (bei der ja die **legitimi** als nicht auftretend zu denken sind) nicht in Betracht komme. Die juristische Grundlage ist doch beim **irritum** wie beim **ruptum** dieselbe; an dem **jus testamenti** selbst wird nicht gezweifelt, ob also im einem Fall die **legitimi** eine **doli exceptio** gegen den klagenden Eingesetzten haben, und im anderen Falle sie ihnen versagt ist, kommt jedenfalls für das Verhältniß des Instituirten zu den Legataren nicht in Betracht.

So kommen wir also, mag Paulus **et** oder **nec** geschrieben haben, in Beziehung auf die juristische Beurtheilung des Falles, wie sie dem Juristen vorschwebte, doch zu einem sicheren Resultate, welches mit dem oben aus anderen Stellen Entwickelten vollkommen übereinstimmt.

§. 111. — 3. Das Rescript Mark Aurels über das **non jure factum testamentum**. Wir gelangen jetzt zu dem letzten Punkte. Das **non jure factum testamentum** war, wenn der nächste Intestaterbe sich darin eingesetzt fand, gegen die testamentarischen Civilerben, und natürlich auch die entfernter stehenden **legitimi** (welche ja dann gar keine **heredes**

9) s. auch fr. 12. §. 5. de captiv. et de postlim.

Digitized by Google

waren) geschützt worden; im Uebrigen aber galt nur jener Prätorische Satz, daß wenn kein Civilerbe die **her. pet.** anstelle, die **b. p. cum re** sein solle. Dies hat nun Mark Aurel dahin verändert, daß der **b. possessor** wenigstens gegen die Civilintestaterben mit der **doli exceptio** sich vertheidigen könne. In Beziehung auf die testamentarischen **heredes** also blieb es beim bisherigen Rechte.

Dies Rescript Mark Aurels ist offenbar die Nachahmung des von Hadrian für das **ruptum** erlassenen. Es hat auch an und für sich gleiche Ausdehnung, indem in beiden Fällen die **legitimi** (durch **doli exc.** gegen deren **her. pet.** oder umgekehrt durch Verweigerung der **doli exc.** gegen das Interdict des **b. poss.**) vertrieben werden, aber der Unterschied ist, daß bei dem **ruptum** sich keine testamentarische Civilerben der Natur der Sache nach denken lassen, während dies allerdings beim **non jure factum** möglich ist, und so letzteres nicht denselben vollkommenen Schutz erhielt, als ersteres. Wenn wir also bei dem **ruptum** gesagt haben, es sei aus der hinter den **legitimi** stehenden Klasse herausgenommen, und mit der alten **sec. tab. b. p.** völlig verschmolzen, so können wir hier es nur so fassen, daß seit Mark Aurel das **non jure factum** der inneren Berechtigung nach eine eigene Klasse gleich hinter der **b. p. ex jure facto testamento**, also vor sämmtlichen Intestatklassen bilde; während freilich in Beziehung auf die äußere Agnitionsfrist alle **b. possessiones** aus vitiösen und nicht vitiösen Testamenten ein einziges Ganzes ausmachen.

Aus der Gleichheit, welche hiernach die Rescripte Mark Aurels und Hadrians darbieten, geht nun zur Genüge hervor, daß der neue hier eingeführte Rechtssatz an und für sich von ganz singulärer Bedeutung ist. Noch mehr erhellt dies aus der Darstellung, welche uns Gaius davon giebt, und die sich gleich an jene Stelle über den Prätorischen Schutz des **non jure factum testamentum** anschließt. (s. oben §. 106.)

> **Gai. II. 120. Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus exstent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos,**

Digitized by Google

qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.

Wir haben oben gesehen, daß der Prätorische Schutz des **non jure factum testamentum** sich auf mehre Arten der unbedeutenderen Formmängel erstreckt, nicht bloß wenn die **familiae mancipatio** oder **nuncupatio** vergessen war, sondern auch wenn eine Frau ohne ihren **tutor** testirt hatte. Die Prätorische Regel wird nun von Gaius ausdrücklich auf dies Beides bezogen (vielleicht ging sie auch auf die Form der Institution). Aber das Rescript Mark Aurels erstreckt er zuerst nur auf die Unterlassung der **familiae mancipatio** und **nuncupatio**, nicht auf die Testirung ohne **tutor**, obgleich es doch, wie er sagt, allgemein von denen redet, **qui secundum tabulas non jure factas b. p. petierint.** Deßhalb läßt er es ohne Beschränkung nur für die Testamente der Männer gelten (wo ja die Frage über den Tutor nicht vorkommen konnte), und dann macht er für die Frauen eine Einschränkung, die bei der Prätorischen Regel nicht gegolten hatte [1]).

Das Rescript ist mithin seinem eigentlichen directen Inhalte nach sehr unbedeutend; und dennoch müssen wir sagen, daß es in Beziehung auf die Folgen, die daraus hervorgegangen sind, von ganz außerordentlicher Wichtigkeit ist. Der Grund davon liegt in der inneren Natur des vorliegenden Falls. Daß Hadrian das **ruptum testamentum** besser stellte, ist etwas ganz Unbedeutendes, da der Fall selbst ein höchst singulärer ist. Ebenso wäre von unserem Rescripte, wenn es der Frau bloß

---

1) Gai. II. 121. 122. Die Zuziehung des Tutors solle nämlich noch immer nöthig sein, wenn es ein parens oder patronus war. Daß der Prätor diese Einschränkung bisher nicht gemacht hatte, ist sehr erklärlich, da der Patron ja dann doch nächster Intestaterbe war, und die b. p. zur sine re machen konnte. Jetzt aber wurde sie, um sein Recht nicht zu verletzen, nöthig — Hieraus folgt, daß wenn eine Frau ohne legitimus tutor testirt hatte, aus dem Testament eine sec. tab. erbeten werden konnte, die sich zur sine re machen ließ. Also hat die Prätorische Regel auch nach dem Rescripte in diesem freilich beschränkten Kreise selbst für Intestaterben fortgegolten, was dann später spurlos verschwunden ist. Man hat dies bisher übersehen.

Digitized by Google

den Tutor erlassen, und auch noch Mehres derartiges bestimmt hätte, wenig Aufhebens zu machen. Aber jener andere Punkt, daß die Mancipationsförmlichkeiten des Testaments für unnöthig erklärt wurden, ist von so großen Folgen gewesen; Folgen, die offenbar der Kaiser bei der Erlassung des Rescripts gar nicht vor Augen hatte und haben konnte. Es hat sich nämlich daraus eine ganz neue Testamentsform entwickelt, während bisher und überhaupt in der ganzen Zeit der klassischen Juristen ein einziges Testament, das **test. per aes et libram**, bestand. Wir werden dies im folgenden Buche (Kap. 2.) weiter durchzuführen haben. — Hier sei mir nur noch erlaubt darauf hinzuweisen, welchen Werth es hat, daß uns durch Gaius eine klare Anschauung dieses Rescriptes und seiner Anknüpfung an das bisherige Prätorische Recht möglich geworden ist. Dies und die Mittheilungen des Gaius über die **pro herede usucapio**, zwei Punkte, auf die man durch Conjecturen nie gelangt sein würde, sind vielleicht die wichtigsten der neueren Zeit gebotenen Hülfsmittel zu einer tieferen Durchschauung des älteren Römischen Erbrechts.

Wir stehen hiermit am Schluß der Lehre von den Fortbildungen der **sec. tab. b. p.**, und damit zugleich am Schluß des Gegenstandes, der den Hauptinhalt dieses zweiten Buchs bildet. Wir kennen jetzt sämmtliche Erbklassen, welche allmählig sich an die ursprüngliche Gestalt der **b. p.** anschlossen, und so das an und für sich kleine Institut zu einem das gesammte Römische Erbrecht erweiternden und fortbildenden Erbsystem machten. In dem folgenden Kapitel haben wir nur noch gemeinsame Lehren über Delation und Acquisition, also überhaupt über die Handhabung des gesammten Prätorischen Erbrechts, zu erörtern. Das Bild, welches wir uns in diesem Werk zuerst von der klassischen Juristenzeit zu entwerfen hatten, ist alsdann beendigt.

Blicken wir noch einmal zurück auf die Gesammtheit der Erbklassen, die wir jetzt erörtert haben. Es sind zwei Elemente, welche in der Geschichte des Römischen Erbrechts die eigentlich

Digitized by Google

bewegende Rolle gespielt haben, und die Hebel bei der Ausbildung des alten gar zu engen Civilrechts gewesen sind. Ich habe sie gleich im §. 2. dieses Werks hervorgehoben: das Interesse der Personen, welche die Antretung des Erben wünschen, um gegen ihn Rechte geltend zu machen, und das Interesse derer, welche sie umgekehrt nicht wünschen, um in ihrer Ermangelung selbst die Universalsuccession in Anspruch zu nehmen. Beide Elemente, für die im alten Civilrecht gar zu wenig Sorge getragen war, sind durch das Prätorische Recht nach und nach befriedigt worden, nur daß zu verschiedenen Zeiten das eine oder das andere mehr hervortritt. Wir können danach die ganze Zeit, welche wir bis jetzt durchmessen haben, in drei kleinere Zeiträume eintheilen.

In der ersten Periode herrscht durchaus das Element vor, das Recht der Personen, welche die Antretung des **heres** wünschen (also besonders die Gläubiger, im Fall der testamentarischen Succession auch die Legatare, früher auch noch wegen der **sacra** die Pontifen), zu verbessern. Was hier der Prätor thut, geschieht allerdings **emendandi juris civilis gratia**, aber er macht noch keine neue Erbklassen, er erreicht schon dadurch sehr viel, daß er die civilen Erbklassen im **successorium edictum** hintereinander ruft. Die Klassen selbst also sind noch **confirmandi juris civilis gratia** aufgestellt. Nur negativ wird hiemit schon das zweite Element durch Zurücktreibung der **pro herede** Usucapienten berücksichtigt.

Die zweite Periode umfaßt die Klasse der Cognaten und Ehegatten. Beide Elemente hielten sich hier gleichsam die Wage. Daß man neue Klassen überhaupt aufstellte, geschah: **ne quis sine successore moriatur**, also aus dem Interesse der Gläubiger; daß man zu den neuen Klassen gerade diese Personen rief, folgte aus der natürlichen Billigkeit, in Ermangelung des **heres** sie als die nächsten zur Universalsuccession Befugten anzuerkennen. Das Ganze geschah also wiederum **emendandi jur. civ. gratia**, aber auch die Klassen selbst haben hier diesen emendirenden oder suppletorischen Charakter.

Die dritte Periode enthält die **b. p. contra tabulas, unde liberi**, und die Erweiterungen der **secundum tabulas**. Das erste Element, das Interesse der Creditoren tritt hier ganz zu-

Digitized by Google

rück, dafür war im Bisherigen schon genug gesorgt [2]). Aber es waren noch mancherlei **juris scrupulositates** in Beziehung auf die zur Universalsuccession zu Berufenden auszugleichen. Auch dies hat vorherrschend den Charakter der Emendation, die aber freilich nicht immer ohne einzelne Correctionen des Civilrechts durchführbar war. So ist die **c. t.** absolut correctorisch gegen die **scripti heredes**, die **unde liberi** nur gegen die **legitimi**; die **b. p.** dagegen aus vitiösen Testamenten ist (abgesehen von den kaiserlichen Rescripten) lediglich supletorisch. Aber der Einführungsgrund aller dieser Veränderungen ist gar nicht mehr: **ne quis sine successore moriatur**, sondern das Streben, gewissen Personen unter bestimmten Voraussetzungen zur dauernden Universalsuccession zu verhelfen. Während in den bisherigen Klassen der Zweck des Prätors ebensosehr erreicht ist, wenn die **b. p.** zur **sine re** wird, so ist hier der ganze Grund, weßhalb der Prätor die Aenderungen einführt, daß die **b. p.** in bestimmten Fällen **cum re** sein soll, also definitives Behalten der Erbschaft, nicht mehr interimistische Universalsuccession. Die Rechtsmittel nun, welche der Prätor für die **b. p.** aufstellt, stammen aus der älteren Zeit her, sie sind ihrem Grundwesen nach auf die auch nur interimistische Universalsuccession berechnet. Deßhalb passen sie, wenn sie gleich immer genügenden practischen Schutz gewährten, ihrer eigentlichen juristischen Construction nach nicht mehr zu den Gestaltungen der dritten Periode. (s. §. 97. u. §. 107. Note 4.) Freilich war das noch kein genügender Grund, um das Klagensystem der **b. p.** bereits umzugestalten, aber es sind dies doch schon die Keime, welche weitere Rechtsentwickelungen, die wir kennen lernen werden, vorbereiteten. —

Folgende Tabelle wird hiernach die Uebersicht des Ganzen

---

2) Das Letzte, was in dieser Hinsicht der Prätor that, liegt an und für sich außer dem Gebiet der b. p.; es ist das **jus deliberandi**. Aber wegen seines sehr erklärlichen und unläugbaren Zusammenhanges mit der b. p. haben wir es im folgenden Kapitel noch genauer in's Auge zu fassen. — Nur das Interesse der Legatare kam bei einzelnen Punkten der **sec. tab.**, wie im Bisherigen schon erwähnt wurde, allerdings in Betracht.

Digitized by Google

erleichtern. Die Zahlen bezeichnen die Klaſſen nach den äußeren Agnitionsfriſten, weshalb die b. p. aus vitiöſen Teſtamenten keine Zahl hat.

Dritte Periode. Corrigendi und supplendi j. c. gr.	Erſte Periode. Confirmandi j. c. gr.	Zweite Periode. Supplendi j. c. gr.
1. Contra tabulas		
sec. tab. a) ruptas. b) non jure factas	2. Sec. tab. jure factas	
3. Unde liberi.		
	4. Unde legitimi. sui. (wenn ſie abſtiniren, ſo kann sec. tab. eintreten) agnati (gentiles)	
sec. tab. c) irritas.		
		5. Unde cognati.
		6. Unde vir et uxor.

Digitized by Google

Fünftes Kapitel.

Delation und Acquisition der bonorum possessio.

§. 112. Das Prätorische System hatte neben den neuen Klassen, die es einführte, auch alle civilrechtlichen Klassen in sich aufgenommen. Danach sollte man meinen, daß man das Prätorische Erbrecht gar nicht als ein selbständiges dem civilrechtlichen gegenübersetzen dürfe. Und in der That wird unsere bisherige Darstellung es wohl zur Genüge erwiesen haben, daß die gesammte b. p., sich eng an das Civilrecht anschließend, durchgehends eine Emendation desselben bezweckt. Aber dabei bleibt es doch nicht minder wahr, daß die b. p. ein gewisses geschlossenes Ganzes bildet, welches auch in Gegensatz zum Civilrecht treten kann. Der Grund davon ist die Aufeinanderfolge der Agnitionsfristen, in der, auch wenn schon ein Erbe nach Civilrecht vorhanden ist, regelmäßig so lange die Berufung fortgesetzt wird, bis Jemand die b. p. agnoscirt. Also das **successorium edictum** wird im Allgemeinen vom Prätor ohne Rücksicht auf das Recht des **heres** gehandhabt, was dann aber hinterdrein durch das **sine re**-Werden der b. p. sich wieder ausgleicht.

Diese vom Civilrecht ganz abweichende Handhabung des **successorium edictum** oder die gemeinsamen Regeln über Delation und Acquisition der einzelnen Klassen der b. p. haben wir jetzt noch genauer für die Zeit der klassischen

Digitized by Google

Juristen festzustellen [1]). Wir müssen dabei von dem in unseren Quellen so oft hervorgehobenen Satze (s. Bd. I. S. 386. Note 3 u. fr. 1 de b. p. furioso) ausgehen, daß es der Zweck des Prätors ist, so rasch als es bei den verschiedenartigen Interessen möglich ist, die Erbschaft zu reguliren, und einen Repräsentanten des Verstorbenen zu gewinnen.

Die Regeln des **successorium edictum** gehen darauf aus, dies Ziel in zweckmäßigster Weise zu erlangen, und sobald es im einzelnen Erbfalle dahin gekommen ist, so stellt der Prätor seine Thätigkeit ein. Daher hat das **successorium edictum** sein Ende erreicht, wenn Jemand **bon. poss.** agnoscirt [2]), noch viel mehr, wenn diese schon vom **heres** zur **sine re** gemacht ist, wahrscheinlich auch, wenn sich das **sine re**-Werden mit Sicherheit voraussehen läßt [3]). Bis aber einer dieser Fälle eintrat, wurden immer von Neuem Fristen berechnet, um die Berufung durch alle die vielen jetzt bestehenden Klassen hindurchzuführen. Wie indeß im Einzelnen dies zu verstehen sei, darüber sind wir Nichts weniger als ganz im Klaren. —

Wenn wir sagen, so wie sich die Quellen ausdrücken [4]), daß für jede Klasse eine eigene Frist von einem Jahr oder hundert Tagen angesetzt wurde, so ist doch damit eine deutliche Anschauung, wie es sich im praktischen Leben gestaltete, noch durchaus nicht gegeben. Wurden denn, so kann man fragen, formell vom Prätor die Fristen angesetzt, und etwa publicirt, und folgte denn nach deren Ablauf allenfalls eine Präclusion der nicht Erschienenen? Wenn auch dahin allenfalls einige Ausdrücke der Quellen gedeutet werden könnten [5]), so ist davon

---

1) Es ist dies also die Lehre, welche auch die Römischen Juristen nach Darstellung der einzelnen Klassen zum Schlusse unter dem Titel de successorio edicto vereinigten, wodurch denn jene engere Bedeutung dieses Ausdrucks entstand, während er nach seinem ursprünglichen Sinn das ganze Edict über die b. p. bedeutete. Bd. I. S. 67.

2) s. Bd 1. S. 227. Note 3. u. l. 2. C. de success. ed.

3) s. Bd. 1. S. 234 ff.

4) fr. 1. §. 8. §. 12. de succ. ed.

5) z. B. fr. 1. §. 6. de succ. ed. — „jam coepit ad alios pertinere bon. poss., aut fiscum invitare. §. 10. — si quis — in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris competit."

Digitized by Google

doch keine einzige ſichere Spur, und man würde ſich mit dieſer Annahme in eine Reihe von Unmöglichkeiten verlieren, welche hier aufzuführen ich mir wohl erſparen kann. — Aber wenn man auch annimmt, daß die Friſten nur ideell berechnet wurden, und die Frage, ob die Friſt noch nicht abgelaufen ſei, immer erſt, wenn Jemand zur Agnition erſchien, in Betracht kam, ſo bleiben doch noch eine Menge von Bedenken. Am wenigſten Schwierigkeit macht es, daß das **tempus** als **utile** gilt. Nach dem Bd. 1. S. 103. Note 5. Geſagten, erſcheint jede Friſt äußerlich als **continuum tempus**, und deren Ablauf berechtigt die folgende Klaſſe die **b. p.** zu agnosciren, aber die in der vorhergehenden Gerufenen können auch noch jetzt nachträglich dieſelbe erbitten, wenn ihr Nichtkönnen oder Nichtwiſſen der Grund iſt, daß ſie nicht ſchon früher erſchienen waren [6]).

Aber wenn wir auch annehmen, daß die Friſten als äußerlich feſtſtehende einander folgten, ſo bleibt doch immer die Ungewißheit, ob man im Allgemeinen dieſe Friſt als hundert Tage oder als ein Jahr annahm, indem man vorher oft gar nicht wiſſen konnte, ob der darin Berufene ſich die größere oder die kürzere Zeit zurechnen dürfe. Freilich in der **c. t. b. p.** werden nur Kinder gerufen, dieſe Friſt iſt alſo allgemein ein Jahr, aber gleich bei der **sec. tab.** können eingeſetzte **parentes et liberi** in einem Jahr agnosciren; allen Uebrigen aber laufen nur hundert Tage. Wann fängt nun die Zeit an, wo eine **bon. poss. ab int.** erbeten werden kann?

In der Inteſtatſucceſſion aber werden wieder zuerſt die **liberi** gerufen in einem Jahr, die Agnaten, die Cognaten und

---

6) Die Berechnung des utile tempus veranlaßt die Rückſichtnahme auf gar manche Punkte, die offenbar nur erſt zur Sprache kommen können, nachdem der, um deſſen Zulaſſung es ſich handelt, überhaupt aufgetreten iſt. Es iſt alſo gar nicht möglich, daß der Prätor ohne deſſen Beiſein bloß durch Verhandlung mit einem Prätendenten aus einer ſpäteren Klaſſe hätte fixiren können, ob dem Vorſtehenden ſeine Friſt abgelaufen ſei oder nicht. Wenn er daher nicht alle Berufung einſtweilen ſiſtiren wollte, ſo mußte er wohl jede Friſt von vorn herein als tempus continuum annehmen, und nach deren Ablauf den Nachſtehenden zulaſſen. Man vergl. namentlich das Beiſpiel in fr. 5. pr. quis ordo in poss.

Digitized by Google

der überlebende Ehegatte jedesmal in hundert Tagen. Aber dies ist wieder so einfach nicht, denn an der Stelle der Agnaten wird, wenn ein Freigelassener gestorben ist, der Patron gerufen, dies aber kann ein **parens manumissor** sein, dem die **bon. poss.** ein Jahr lang zusteht [7]). Ferner die Kinder, welche im **ordo unde liberi** gerufen werden, können als **legitimi**, wenn sie **sui** sind, noch wieder den Agnaten vorgehn, und dann können sie zum drittenmal als Cognaten kommen, jedesmal steht ihnen ein Jahr zu [8]). Danach ist also für alle Klassen außer der **unde vir et uxor** die Möglichkeit vorhanden, daß die Frist ein Jahr beträgt. Sollen wir also annehmen, daß der Prätor bei allen diesen Klassen erst nach Ablauf dieses Jahres die nächstfolgende zugelassen habe? Dann kämen für das gesammte **succ. ed.** wenigstens fünf Jahr und hundert Tage heraus. Und auch das wäre noch nicht einmal genug, denn hinter dem **suus** als **legitimus** müssen doch noch dem **proximus agnatus** hundert Tage ausgesetzt werden, und in der *Klasse* der Cognaten können ja eine Reihe von Verwandten hinter einander stehen, die Jeder eine Frist von hundert Tagen für sich haben. Ferner können auch in der testamentarischen Successsion mehrere Substituten vorhanden sein, deren Jedem eine Frist eingeräumt werden muß.

Ich bin wegen des Mangels an Quellenaussprüchen nicht im Stande, sicher zu beantworten, wie die Römer es hier gehalten haben. Indeß glaube ich, wenn man nur die einzelnen möglichen Fälle genauer auffaßt, daß sich von der Reihe von Jahren, die hier verfließen zu müssen scheinen, ehe das **successor. edictum** sein Ende erreicht, doch für die meisten Fälle eine große Zeit abziehen läßt. Und das stimmt mit Ulpians Worten vollkommen überein, der das **succ. ed.** offenbar noch

---

7) fr. 4. §. 1. quis ordo — sicut si pater filium manumisisset, quamvis ut manumissor bon. possessionem accipiat, tamen ad b. p accipiendam annuum spatium habet. fr. 1. §. 14. u. 15 de succ. ed.

8) fr. 4. §. 1. quis ordo — Filius non solum, si tanquam filius, sed et si tanquam agnatus, vel tanquam cognatus ad b. p. vocatur, annuum spatium habet.

Digitized by Google

für seine Zeit als Mittel zu einer raschen Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten darstellt.

Es kommt bei allen Todesfällen regelmäßig sehr bald zum Vorschein, ob ein Testament vorhanden ist oder nicht. Das Interesse so vieler Personen bürgt dafür, und überdem waren seit August eine Reihe von Maaßregeln für rasche Eröffnung der Testamente getroffen worden. Ist nun ein Testament vorhanden, so lief erst die Frist für die **c. t. b. p.**, und es konnte dann gleich im folgenden Jahr die **sec. tab.** agnoscirt werden, nach deren Agnition natürlich keine **ab int.** mehr deferirt wird, auf die sich auch, wenn einmal ein gültiges Testament vorhanden war, wegen der vorherrschenden Sitte die **b. p.** zu agnosciren, selten Jemand wird Rechnung gemacht haben.

War es aber von vorn herein klar, daß Jemand **intestatus** verstorben sei, so wurde nun gleich **bon. poss. ab int.** agnoscirt. Es konnte dies ausnahmsweise noch durch die Schwangerschaft der hinterlassenen Ehefrau, welche **in possessionem** mittirt war, sistirt werden, aber wenn dann der **postumus** geboren ist, so wird ihm sogleich die **b. p.** deferirt [9]). Die den **liberi** zustehende **b. p.** dauert nun ein Jahr, worauf die **legitimi** gerufen werden, aber allerdings so, daß hier der **suus** noch einmal kommt, ebenso wie er dann **unde cognati** noch einmal gerufen wird. Indeß wenn auch der Prätor die Agnatenklasse der Berechtigung nach hinter den **suus** gestellt hat, so ist doch die Frage, ob dies auch äußerlich auf die Fristen eingewirkt habe, und in der That scheint dies nicht ohne Grund bezweifelt werden zu können.

Ulpian spricht über diesen Punkt folgendermaßen:

> **fr. 1. §. 11. de succ. ed. — Sed videndum est, an inter ceteros ipse quoque qui exclusus est, admittatur; utputa filius est in potestate, delata est ei b. p. ex prima parte, unde liberis defertur; exclusus est tempore aut repudiatione; ceteris defertur; sed ipse sibi succedat ex hac successoria parte? Et magis est, ut succedat, ut unde legitimi possit petere.**

9) **fr. 2. §. 4. quis ordo.**

Digitized by Google

Ganz entſcheidend iſt freilich die Stelle nicht. Sie kann aber jedenfalls ſo verſtanden werden, daß gleich hinter dem **ordo unde liberi**, die **ceteri**, d. h. die Agnaten gerufen werden (**ceteris defertur**) und daß zwiſchen dieſen (**inter ceteros**), alſo nicht vor ihnen, es dem **suus** noch einmal zuſteht, **b. p.** zu agnosciren. Daraus läßt ſich erklären, was ſonſt ſehr auffallend ſein würde, daß, während doch der **suus** hier nicht als **proximus agnatus**, ſondern als erſte Klaſſe der **legitimi** berufen wird [10]), ſelbſt Römiſche Juriſten (ſ. Note 8) es ſo darſtellen, als würde er **tanquam agnatus** gerufen [11]). Aeußerlich ſah es wie eine einzige Klaſſe aus, indem wenn der **suus** ein Jahr lang deliberirt hat, ohne **bon. poss.** zu erbitten, es wahrſcheinlich iſt, daß er überhaupt keine Luſt zu ihr haben werde, weßhalb denn die Agnaten ſogleich **b. p.** binnen hundert Tagen erbitten dürfen. Aber in dieſer Zeit darf auch der **suus** noch wiederkommen, ja es iſt ihm ſogar ein ganzes zweites Jahr geſtattet, ſo daß, wenn er auftritt, die einem Agnaten gegebene **b. p.** als **non data** erſcheint. Und ſo iſt's auch wohl bei den Cognaten geweſen, indem es doch höchſt unwahrſcheinlich iſt, daß dieſe noch wieder ein ganzes drittes Jahr hätten ablaufen laſſen müſſen, ehe ſie ſelbſt um Ertheilung der **bon. poss.** bitten durften.

Falls das Geſagte richtig iſt, ſo wäre darin ſchon eine große Abkürzung der vielen aufeinander folgenden Friſten gegeben [12]). Es giebt aber daneben einen anderen Satz, welcher zu dieſem Zwecke diente, und der mir keinem Zweifel unter-

---

10) So drückt dies auch Ulpian in der eben citirten Stelle aus, und ſo kann es auch nur richtig ſein, denn der Prätor hat zwiſchen beiden eine successio anerkannt (ſ. Bd. I. S. XVI. Note 8), während dies für die Klaſſe der Agnaten nicht der Fall iſt. S. auch fr. 1. §. 1. si tab. test. null. — fecit enim gradus varios, primum liberorum, secundum legitimorum, tertium cognatorum, deinde viri et uxoris.

11) ſ. §. 68. Note 13. §. 103. Note 4.

12) Jedenfalls könnte dieſes Wegfallen einer eigenen Friſt auch erſt ſeit dem Entſtehen des ordo unde liberi gedacht werden, denn natürlich müſſen urſprünglich für die drei Klaſſen der legitimi auch drei äußerlich verſchiedene Friſten beſtanden haben.

Digitized by Google

worfen zu sein scheint. Derselbe ist so durchgreifend, daß jene vermuthete Ineinanderschiebung der Fristen doch vielleicht dem Prätor nicht nöthig erschienen ist. Es ist schon im Band I. S. 103., Note 5. b) bewiesen worden, daß man den Ablauf einer Frist nicht erst abzuwarten braucht, wenn man darthut, daß ein Berechtigter in dieser Klasse nicht vorhanden oder wieder hinweggefallen ist. Also wenn man weiß, daß ein mit einem Testament Verstorbener keine Kinder gehabt, oder wenn man im Testament sieht, daß er die vorhandenen nicht präterirt hat, so kann gleich **sec. tab.** agnoscirt werden. Ferner wenn man weiß, daß kein gültiges Testament da ist, oder daß Instituirte und Substituten ausgeschlagen haben, und wenn auch keine Kinder, oder Agnaten vorhanden sind, so können gleich die Cognaten, oder, wenn auch diese fehlen, so kann alsbald der Ehegatte **b. p.** erbitten. — Dergleichen Vorhanden- oder Nichtvorhandensein von Verwandten ist in den meisten Fällen notorisch, und, was bei uns noch am Ersten unbekannt ist, die Errichtung eines Testamentes, mußte zur Zeit der klassischen Juristen, bei der Nothwendigkeit viele Zeugen herzuzuziehen, nicht weniger leicht zu constatiren sein, als sich auch ein die **sec. tab. b. p.** verhindernder Ungültigkeitsgrund einer existirenden Testamentsurkunde häufig ohne Schwierigkeit nachweisen ließ.

Also dies Nichtvorhandensein einer früheren Klasse war leicht dem Prätor klar zu machen, und so konnte die nächstberufene Klasse, bei dem Interesse, das sie haben mußte, den Erbschaftsbesitz zu erlangen, alsbald die **bon. poss.** agnosciren. Darin liegt mithin, daß *in den meisten Fällen* die Erbschaftsangelegenheit gleich in der nächsten Zeit regulirt sein mag. Ja man muß noch weiter gehen.

Daß die Fristen der **bon. poss. utiliter** berechnet werden, scheint auf den ersten Blick lediglich zu Gunsten der Berufenen zu sein. Aber das ist es keineswegs. Wenn Jemand weiß, daß der Erblasser **intestatus** verstorben ist, und daß er nächstes Erbrecht hat, so *muß* er, falls nicht noch äußerliche Hindernisse entgegenstehen, in hundert Tagen oder einem Jahr **b. p.** agnosciren. Er kann sich nicht damit entschuldigen, daß er erst die ihm vorstehende Frist der **contra** und **sec. tab.** habe

Digitized by Google

ablaufen lassen wollen. Ebenso ist es mit dem entferntesten Cognaten, oder dem Ehegatten, sobald kein Näherer vorsteht [13]), er darf nicht bloß, er muß sich die Frist gleich vom Todestag berechnen. Dies beweist entschieden fr. 9. §. 1. unde cogn.

> — **Fratris filius pro parte heres institutus, quum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem ut proximus cognatus accepit; ex die mortis temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur, tam conjunctum sanguine defuncti valitudinem ignorasse.**

Diese Stelle ist recht geeignet, uns ein klares Bild der Verhandlungen vor dem Prätor zu geben. Es kommt Jemand und erbittet b. p. unde cognati, weil das vorhandene Testament ungültig sei. Natürlich setzt Papinian den vorgebrachten Grund der Taubheit als richtig voraus. Hier wird nun gar nicht daran gedacht, noch eine Frist der sec. tab. b. p. zu berechnen, etwa wirklich dem scriptus die b. p. zu ertheilen, und zu warten, bis der Brudersſohn gegen diesen auftrete und die Ungültigkeit des Testaments processualisch beweise. Dieser würde ja auch als Cognat gar keine her. pet. haben, also von einem sine re-Werden der b. p. sec. tab. kann gar nicht die Rede sein.

Vielmehr bezieht sich das contendere nur auf eine Behauptung vor dem Prätor, der allein über die Richtigkeit derselben zu entscheiden hat. In unserer Stelle fragt es sich nun, ob der Brudersſohn noch zur rechten Zeit gekommen ist (temporis haberi rationem). Indem seine Behauptung für richtig befunden, also dem scriptus gar keine b. p. mehr gegeben wird, oder die etwa schon ertheilte als non data erscheint (s. Bd. I. S. 183 u. ff.), so ist dem Cognaten die Frist

---

13) So wird in fr. 1. §. 7. unde cogn., unter der stillschweigenden Voraussetzung, daß keine sui und agnati vorhanden waren, die Sache so vorgetragen, als folge die b. p. unde cognati gleich auf die sec. tab.: Si quis igitur proximus cognatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur, hoc est, quicunque fuerit tum deprehensus proximum locum obtinens.

Digitized by Google

gleich **ex die mortis** zu berechnen [14]). Er könnte nur hier noch anführen, daß er die Krankheit seines Verwandten nicht gewußt habe, aber eine dergleichen Behauptung ist zu unwahrscheinlich, als daß sie nicht als leere Ausflucht gleich zurückgewiesen werden müßte. Hat also allenfalls auch der Prätor ihm, der sich über hundert Tage **ex die mortis** verspätet hatte, die **b. p.** gegeben, so fällt sie doch alsbald zusammen, sobald durch irgend einen Umstand, etwa durch das Auftreten eines entfernteren Cognaten, die Verspätung an den Tag kommt.

Wenn hiernach sich die Ertheilung der **bon. poss.** in den meisten Fällen sehr rasch entscheiden mußte [15]), so bleibt es freilich dabei immer möglich, daß die hinter einander laufenden Fristen in complicirten Fällen eine lange Zeit hinwegnahmen. Es konnte ein Testament vorhanden sein, in dem ein Prätorischer Notherbe präterirt war; alsdann liefen einstweilen die beiden Fristen der **contra** und **sec. tabulas**, und erst wenn beide unbenutzt vorübergegangen waren, konnte eine wirksame **b. p. ab intestato** agnoscirt werden, die dann, jenachdem sie in eine spätere Klasse gehörte, und Personen in der vorhergehenden vorhanden waren, auch wieder erst nach längerem Aufschub deferirt wurde [16]). Für solche Fälle war das eben vermuthete

---

14) Einen ähnlichen Fall enthält fr. 14. de b. p. (ebenfalls von Papinian), wonach auch wenn das Testament als falsum angeklagt wird, die Frist für den nächsten Cognaten sogleich läuft, sobald dieser von der Ungültigkeit des Testaments überzeugt ist. (Licet dies ei petendae possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur.) Indeß, wenn er nun auch die Zeit der Agnition versäumt hat, so soll sie doch ausnahmsweise in der Anstellung der accusatio falsi als geschehen fingirt werden (quia hoc propositio accusationem instruit, ut suum jus sibi servet.)

15) Das Streben nach rascher Erledigung der Erbschaftsregulirung zeigt sich auch in der speciellen Bestimmung bei der sec. tab. b. p., daß diese durch das Schweben einer Bedingung nicht aufgeschoben werden soll.

16) fr. 1. §. 1. quis ordo. — Sive tabulae testamenti non extent, sive exstent, si secundum eas vel contra eas bonorum possessionem nemo accepit, (also wenn die Fristen abgelaufen sind) intestati datur bonorum possessio. fr. 1. §. 2. si tab. test. null.

Digitized by Google

mehrfache Ineinanderschieben der Fristen, wenn es überhaupt richtig ist, von Bedeutung. Freilich wird auch das nicht in aller Weise ausgereicht haben. Wenn z. B. ein **suus ab intestato** vorhanden ist, so hat er drei Jahr hintereinander das Recht die **b. p.** zu agnosciren, und geht hier immer den Uebrigen vor [17]). Danach werden sich diese Uebrigen gar nicht die Mühe geben, die **b. p.** zu agnosciren, sobald sie vermuthen können, daß der **suus** sich ebenfalls zur **b. p.** melden wolle [18]), und so ruht denn doch wieder Alles auf dem **suus** allein, der nun drei Jahre hindurch die Erbschaftsgläubiger hinhalten kann. Aber hier bestand noch wieder ein anderes Mittel, um eine raschere Regulirung der Erbschaft herbeizuführen, welches wir sogleich kennen lernen werden [19]).

§. 113. Das Resultat des vorhergehenden § ist, daß so lange die Frist eines früher Berufenen läuft, die des Späteren im Allgemeinen noch nicht begonnen hat [1]), daß aber, sobald in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden ist, Jedem, auch in der letzten Klasse Stehenden, der dies weiß, die Berufungszeit sogleich angerechnet wird.

Hierin liegt, daß die Ertheilung der **bon. poss.** vielfach von Verhandlungen und Beweisführungen abhängt, welche durchaus nicht einen Erbschaftsproceß voraussetzen, sondern lediglich vor dem Prätor vorkommen. Wir haben hier allgemein für das gesammte System der **b. p.** festzustellen, was früher im ersten Bande (S. 235.) schon für einzelne Punkte hat an-

---

17) Freilich nicht so, daß wenn im zweiten Jahr Agnaten die b. p. erhalten haben, er nun noch als Cognat agnosciren könnte. Er geht nur allen gerade in derselben Klasse noch ferner Berufenen vor.

18) Fr. 4. de legat. praest.

19) S. §. 114. am Ende.

1) Ja sogar, wenn er nur glaubte, es sei ein Früherer vorhanden, so lief die Frist nicht; fr. 2. pr. quis ordo: — Fieri autem potest, ut, qui initio scierit, vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, quum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat.

Digitized by Google

erkannt werden müſſen, daß nämlich das ganze Prätoriſche Erbrecht dauernd unter der **causae cognitio** des Prätors ſtehen blieb, daß es nie in beſtimmte formelle Regeln eingeſchloſſen worden iſt, denen ſich der Prätor ſelbſt unterworfen hätte. Es iſt dies der Grund, weßhalb uns in den Quellen ſo Manches über die äußere Ertheilung der **b. p.** dunkel bleibt, gerade weil die Juriſten hier gar keine beſtimmten Regeln darzuſtellen fanden.

Dies ſteht der Auffaſſung der meiſten neueren Schriftſteller entgegen. Man macht gewöhnlich nur den Unterſchied zwiſchen einer **edictalis** und **decretalis b. p.** Erſtere ſei die, welche lediglich auf den Worten des Edicts ruht, und deßhalb auch vom Prätor **de plano** d. h. ohne alle weitere Unterſuchung (**causae cognitio**) gegeben wird, letztere dagegen die, wofür kein feſtſtehendes Verſprechen der Ertheilung im Edicte vorhanden iſt, und der alſo noch eine beſondere **causae cognitio** über die Zuläſſigkeit vorausgehen muß [2]). Aber ſchon in den Worten liegt dieſe Begriffsbeſtimmung nicht. Freilich die **b. p.**, welche, weil darüber im Edicte nichts beſtimmt iſt, in Folge eines beſonderen **decretum** gegeben wird [3]), ſetzt der

2) Fabricius. S. 156. Auch v. Löhr ſcheint derſelben Anſicht zu ſein. ſ. ſein Magazin. II. S. 439.

3) Derartige **decretales bonorum possessiones** kommen in den Quellen mehrfach vor, obgleich ſie wenigſtens in der ſpäteren Zeit nicht mehr von ſehr großer Bedeutung geweſen ſind. Die b. p. war im Edicte ſo vollſtändig und genau regulirt, daß ſelten eine Veranlaſſung vorkommen konnte, noch über das Edict hinauszugehen; und wo einmal durch die Praxis ein wichtiger Punkt angeregt wurde, an den man bisher noch nicht gedacht hatte, da wurde dann auch bald eine Regel darüber ins Edict aufgenommen. Von dieſen *gelegentlichen* **decretales bonorum possessiones** (fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.) ſind genau die Fälle zu ſcheiden, wo es nach der Natur der Sache einer beſonderen Interpoſition des *Prätoriſchen* **imperium** bedarf, mögen auch im Uebrigen vollkommen feſtſtehende Regeln im Edicte darüber beſtehen. Dahin gehören, wie wir oben ſchon geſehen haben, die b. p. **Carboniana** (§. 80.), ferner der Fall, wenn der Prätor gegen ſeine eigene Edictsregel, daß ein zu erwartender **postumus** die Delation aufſchiebt, ausnahmsweiſe die b. p. ertheilt (§. 76.). Jedenfalls aber erhellt, daß der eigentliche Grund des **decretum** nie die voraufgehende **causae cognitio** iſt, ſondern

Digitized by Google

Natur der Sache nach voraus, daß eine **causae cognitio** ſtets vorausgehe. Aber folgt denn daraus, die **edictalis** werde ſtets ohne eine ſolche **de plano** gegeben? **Edictalis b. p.** heißt doch nur, daß der Prätor für einen beſtimmten Fall ſchon im Edicte ſein Erbrecht verſprochen, daß er ſich von vorn herein, wenn beſtimmte Vorausſetzungen vorhanden ſind, gebunden hat. Aber darin liegt doch gerade, daß (wie dies bei jeder **b. p.** der Fall iſt) beſtimmten Vorausſetzungen genügt ſein muß, alſo allenfalls bei jeder **b. p.** eine Unterſuchung über das Vorhandenſein derſelben vorkommen kann, nach deren günſtigem Ausfall dann freilich kein beſonderes **decretum** mehr erfolgt, ſondern die **b. p.** in derſelben Weiſe ertheilt wird, als wie ſonſt **de plano.**

Danach iſt nicht zweierlei: die **edictalis** (welche **de plano** gegeben werde), und die **decretalis** (der eine **causae cognitio** vorhergehe), ſondern dreierlei zu ſcheiden: die **edictalis**, welche **de plano**, die **edictalis**, welche **causa cognita**, und die **decretalis**, welche ſtets **causa cognita** gegeben wird. Letztere beiden werden **pro tribunali** ertheilt.

Huſchke [4]) hat dies zuerſt bemerkt, und danach mit Recht

---

entweder iſt es der Mangel einer Edictsregel, oder eine beſondere Interpoſition des Prätoriſchen Imperiums, und daraus folgt die Unrichtigkeit der Vorausſetzung, daß die causae cognitiones nur bei den decretales b. possessiones vorkommen könnten. — Wir beſitzen eine andere Lehre, aus deren Vergleichung ſich das Geſagte vollkommen beſtätigt. Die missio legatorum servandorum causa iſt regelmäßig eine edictalis d. h. ſie wird nach den Beſtimmungen des Edicts ertheilt (ex hoc edicto iri in possessionem posse. fr. 12. ut in poss. legator.). Aber dabei können causae cognitiones vorkommen (fr. 5. §. 5. eod.). Ganz etwas Anderes iſt es, wenn: extraordinario remedio opus erit, ut decreto Praetoris in possessionem mittatur (fr. 12. eod.). Das decretum ſtützt ſich hier wahrlich nicht darauf, daß der Prätor eine causae cognitio vorgenommen hätte, ſondern es bedarf einer beſonderen Interpoſition des Prätoriſchen Imperium, damit der actor der municipes als der zur Miſſion Berechtigte gelten könne.

4) Richterſche Jahrb. 1839. Heft 1. S. 27 ff. — Er führt entſcheidende Stellen an, die das beſtätigen, was ſchon aus den Worten ſelbſt hätte entnommen werden können. fr. 3. §. 8. de b. p. — Si causa cognita b. p. detur, non alibi dabitur, quam pro tri-

Digitized by Google

die Gränzen der b. p. decretalis beschränkt, welche Fabricius über die Gebühr weit ausgedehnt hatte, um alle Fälle der causae cognitio darunter zu bringen. Vielmehr ist hier v. Löhr (a. a. O.) weit vorsichtiger verfahren, der nur die Fälle zusammenstellt, wo die Quellen mit Sicherheit eines decretum erwähnen. Wir werden auf diese Fälle später noch zurückkommen, hier genügt es ihr an und für sich enges Gebiet nachgewiesen zu haben, während die Zulässigkeit einer causae cognitio sich viel weiter erstreckt, weiter, wie mir scheint, als alle bisherigen Schriftsteller angenommen haben [5]). Huschke gesteht sie lediglich in besonderen Fällen zu, wo Jemandem nur bedingungsweise oder gegen Caution die b. p. gegeben wird [6]),

---

bunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita b. p. alibi, quam pro tribunali dari potest. — Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Quid, si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? — Dasselbe sagt auch mit Berufung auf die letztere Stelle Mayer Erbrecht I. S. 407., unabhängig von Huschke.

5) Am weitesten geht noch Mayer, obgleich doch lange nicht weit genug, indem er die in Nichts begründete Einschränkung macht (S. 411.), wenn ein Anderer auftrat, der das Unbegründetsein der b. p. behauptete (nicht aber die b. p. zur sine re machen wollte), so habe das der Prätor stets in einen besonderen Proceß verwiesen. — Es steht dem schon fr. 9. §. 1. unde cogn. entgegen, wo der Cognat gegen den scriptus auftritt, und doch gleich seine Agnitionsfrist ex die mortis berechnet wird. — Ich will damit aber nicht läugnen, daß, wenn dem Prätor die Frage zwischen zwei Prätendenten zu weitläuftig schien, er bisweilen dem, der die größte Wahrscheinlichkeit für sich hatte, die b. p. gab, der dann, wenn der Gegner besaß, im Int. quor. bon. sein Recht weiter ausführen mußte. Bd. I. S. 391.

6) Wenn nämlich die b. p. durch einen Stellvertreter erbeten wird, oder wenn Jemand unter einer Bedingung instituirt ist. Fabricius und Huschke bemerken mit Recht, daß der Ausdruck „agnoscere b. p.“ stets von der edictalis gebraucht wird, und dieser kommt gerade in jenen Fällen sehr häufig vor. Petere, agnoscere und dare b. p. bedeutet ein und dasselbe; der Gegensatz ist denegare, petere non posse. Nun könnte man sagen, jede Entscheidung des Prätors heiße doch ein Decret, also, wenn er causa cognita die b. p. ertheilt, so müsse das stets eine decretalis b. p. sein. Aber das würde zu viel beweisen, denn dann müßten ja alle bonorum pos-

Digitized by Google

wogegen nach seiner Ansicht (a. a. O. S. 28.) der Prätor nicht untersucht habe, „ob der Erblasser gestorben sei, **testamenti factio** gehabt, das Testament gehörig gemacht habe u. s. w., sondern dies dem **judex actionis ex interdicto Quorum bonorum** überlasse.“ Fabricius ist derselben Ansicht, indem er (S. 162.) sagt:

> „Die Agnition giebt an sich keinen Beweis der wirklich „erworbenen b. p., und die jedem Andern, als dem „nach den Vorschriften des **successorium edictum** „eben Berufenen, **de plano** ertheilte b. p. ist völlig „unwirksam und ohne Bedeutung, so daß immer nur „derjenige als wirklicher **bon. possessor** bezeichnet wer„den kann, **qui in judicio interdicti Quorum bono„rum potior esse debet.**“

Ich habe bereits bei jeder Klasse der **bon. poss.** im Einzelnen nachgewiesen, wie aus dem ganzen Kreise der Erfordernisse einer **bon. possessio** gewisse *bedingende* Beweise auszuscheiden sind, über die denn auch, falls der Prätor nicht schon von vorn herein den Sachverhalt kannte, eine **causae**

---

sessiones decretales sein, weil sie doch auf einer Entscheidung des Prätors, der sie auch denegiren konnte, ruht. — Vielmehr befolgten hier die Römer sehr natürlicher Weise eine andere passendere Terminologie. Die b. p., welche in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Edicts gegeben wird, heißt ebendeßhalb **edictalis**. Gerade weil der Prätor schon im Edicte die b. p. versprochen hat, so kommt bei der einzelnen Ertheilung nur in Frage, ob die Voraussetzungen des Edicts vorhanden sind oder nicht. In ersterem Fall heißt es **datio**, im letzteren **denegatio b. possessionis**, und wenn auch zu dieser **denegatio** oder **datio** noch eine weitere Untersuchung nöthig ist, so wird sie doch kein **decretum** genannt, weil sie lediglich die im einzelnen praktischen Falle nöthige Durchführung des schon im Edict Angeordneten ist. — Die Terminologie der Römer steht hier also ganz dem **dare** oder **denegare** der **actiones** oder **exceptiones** gleich. — Daß es bei dem **dare** der b. p. wahrlich sich nicht bloß um eine formelle Erklärung des Prätors, sondern um dessen Wissen und Wollen (also auch um seine Untersuchung) handelte, zeigt auch folgende Stelle: **fr. 15. de b. p.** — **Paulus respondit, petitionem matris solam non acquisiisse filiae impuberi bonorum possessionem, nisi si is, qui eam dedit, evidenter voluit eam impuberi dare.** — **Valer. Maxim. VII. 7. §. 7.**

Digitized by Google

cognitio vorkommen konnte. Darin liegt, daß gar nicht bestimmte Fälle angegeben werden können, in denen stets causae cognitio, andere, in denen sie nicht Statt gefunden hätte. Es kommt auf den Zufall an, ob der Prätor schon weiß, was sonst noch untersucht werden muß. Es sind die Umstände, welche die causae cognitio hervorrufen, während dieselben auch so sein können, daß die b. p. de plano ertheilt wird. Ein sec. tab. bon. possessor kann, wenn es bekannt ist, daß der Erblasser als civis Romanus und suae potestatis schon vor einem Jahr verstorben ist, gleich de plano die b. p. erhalten [7]), während wenn er erst gestern starb, vorher klar sein mußte, ob entweder keine zur c. t. Berechtigten da seien, oder repudiirt haben. Und so ist es mit allen den unzähligen Fällen, wo eine b. p. früher agnoscirt werden kann, weil man nachweist, daß Andere, eher Berufene, nicht vorhanden seien. So ist es endlich, ganz abgesehen von den bedingenden Beweisen, überhaupt mit den vielen denkbaren Nebenumständen von welchen, wie z. B. Ablauf der Berufungsfrist, Unterworfensein des Berufenen unter väterliche Gewalt u. dergl. [8]), die Gültigkeit der b. p. abhängen kann.

Ich will hiermit keineswegs behaupten, daß der Prätor sich das Alles gleich in allen Fällen beweisen läßt. Darin läge eine völlige Verkennung seiner Stellung, wonach er keineswegs in der Lage war, sich auf so viele Weitläuftigkeiten, welche darin liegen würden, einzulassen. Aber eine eben solche Verkennung scheint es mir zu sein, wenn hier die Ertheilung der b. p. ganz der cognitio des Prätors entrückt, und stets dem judex in einem eigenen Proceß zugewiesen würde. Wie sehen

---

7) Denn daß der Prätor sich die sieben Siegel des Testaments und die Institution ansieht, kann man doch kaum eine besondere causae cognitio nennen.

8) S. z. B. fr. 59. §. 4. de her. inst. — Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit redierit, aut si sub conditione institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

Digitized by Google

wir denn den Prätor in anderen Rechtsgebieten auftreten [9]) z. B. in der Ertheilung von Klagen? Seinem **arbitrium** ist es überlassen, ob er dieselbe noch nicht ertheilen will, wenn daraus z. B. ein **praejudicium** für eine **major causa** zu fürchten ist; ob er mehre Processe in Eins durch führen lassen will oder nicht. Und bei der Ertheilung der **b. p.** soll er sich die Hände gebunden, und statt oft die Sache rasch selbst abzuthun, sie stets einem eigenen Proceß zugewiesen haben? Wenn zwei Cognaten erscheinen und **b. p.** erbitten, und Beide behaupten die Näheren zu sein, was vielleicht sehr einfach zu ermitteln ist, so soll er Jedem die **bon. poss.** haben geben müssen, unter denen nun noch ein Proceß, man könnte sagen: **uti possidetis bonorum possessionem** auszumachen wäre? Wenn die **b. p.** eines Menschen erbeten wird, den der Prätor noch gestern gesehen hat, so soll er nicht haben fragen und untersuchen dürfen, ob dieser denn auch wirklich schon gestorben sei? Oder wenn Jemand kommt, von dem der Prätor weiß, daß er in väterlicher Gewalt steht, dem soll er nicht haben befehlen können, daß er hingehe und seinen in der Stadt anwesenden Vater herbeihole, um zu erfahren, ob dieser auch einwillige?

Und so ließen sich die Fragen ins Unzählige vermehren, welche, wenn man sie alle verneint, das Resultat herbeiführen würden, daß der Prätor in einem einzigen Erbfall allen-

---

9) Man vergleiche nur einmal die der b. p. sehr nahe liegende Thätigkeit des Prätors bei der Eröffnung der Testamente. Wenn dabei **causae cognitiones** vorkamen, wie dies in einzelnen Stellen des Titels **testam. quemadm. aper.** ausdrücklich hervorgehoben wird (fr. 2. §. 4. fr. 8.), so ist gar nicht einzusehen, weßhalb das nicht ebenso auch bei der Handhabung der b. p. habe vorkommen können und müssen. — S. ferner z. B. fr. 23. §. 4. **de her. inst.** fr. 6. §. 3. **si quis omissa causa.** fr. 29. **de usu et usufr. leg.** fr. 6. 8. pr. 13. §. 1. **de opt. legat.** fr. 65. §. 2. **ad SC. Trebell.** fr. 5. §. 5. **ut in possess. legator.** fr. 5. §. 1. **quib. ex caus. in poss.** fr. 1. §. 14. **de separation.** fr. 1. §. 9. **de stip. praetor.** (»summatim cognoscere«). Fr. 3. **de in int. rest.** Namentlich ist noch hervorzuheben fr. 9. §. 6. **de interr. in jure: Summatim igitur Praetor cognoscere debebit, quum quaeratur, an quis respondere debeat, quo jure heres sit, ut si valde interesse compererit, plenius responderi jubeat; quae obtinere de-**

Digitized by Google

falls Hunderten die b. p. hätte verleihen müssen [9a]), unter denen dann ein wahrer Concursproceß von Interdicta quor. bon. [10]), ein bellum omnium contra omnes hätte entstehen müssen.

Nur noch an ein Beispiel will ich hier erinnern [11]), das in der oben citirten Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.) enthalten ist. Wenn ein Testament ungültig ist, weil der Testator taub war, so wird nicht etwa erst auf alle Fälle sec. tab. b. p. gegeben, und dann hätte der nächste Verwandte unde cognati agnosciren und mit dem Int. quor. bon. siegen müssen, sondern Ersterer erhält gar keine, und dem Letzteren wird seine Frist ex die mortis berechnet. Also der Prätor kann hier ebenso thätig bei Denegirung einer b. p. wie sonst bei der einer Klage sein [12]).

Ich glaube, die Sache läßt sich in vier Punkte trennen:

1. In sehr vielen Fällen, wo der Prätor schon mit Gründen entschieden bekannt ist, die der Agnition einer b. p. entgegenstehen, denegirt er von vorn herein die b. p.; also wo er Gründe hat, zu vermuthen, daß dergleichen vorhanden sei, untersucht er sogleich selbst, und läßt sich das Nichtvorhandensein des Hindernisses darthun [13]).

---

bent non solum in heredibus, sed etiam in honorariis successoribus.

9a) Fr. 8. pr. de stip. praet. — Praetor beneficium suum nemini vult esse captiosum. Ohne ein directes persönliches Ueberwachen der Erbschaftsangelegenheiten würde der Prätor diesen Zweck, Jedem soviel wie möglich zu seinem Recht zu verhelfen, nie erlangt haben.

10) Und warum soll es denn gerade immer das Int. quor. bon. sein, worin diese Streite geltend gemacht würden, da doch, wie wir gesehen haben, dies gar nicht das Gesammt-Rechtsmittel für die b. p. ist?

11) S. auch noch namentlich das schon Bd. I. S. 176. Note 3. erwähnte fr. 7. pr. de b. p.

12) S. auch z. B. fr. 10. de Carb. ed. fr. 5. si a parente quis manumiss. (fr. 97. §. 2. de verb. obl.) fr. 1. §. 10. in fin. § 15. de inspic. ventre.

13) Sehr natürlich, daß wenn der Prätor noch nicht von dem Tode eines Menschen gehört hat, er sich gleich vom Ersten, der b. p. erbittet, nachweisen läßt, daß derselbe gestorben sei.

Digitized by Google

2. Gar oft wird der Prätor, der zu Gericht ſaß, und die Sachlage gleich genauer unterſuchen wollte, durch andere ihm obliegende Geſchäfte verhindert geweſen ſein, ſogleich, wenn der erſte Nachſuchende erſchien, darauf einzugehen. Er wird ihn auf eine andere Seſſion, wo er Zeit hatte, wieder beſchieden haben, um dann die etwa erforderlichen Beweiſe vorzubringen, wobei denn natürlich die Zwiſchenzeit in die Friſt nicht mit eingerechnet wurde [14]).

3. Häufig wird der Prätor **pure** die **b. p.** ertheilt haben, ohne auf etwaige Hinderniſſe einzugehen, dies bis auf die Behauptung eines Nachfolgenden verſparend, der daraus die Ungültigkeit der früheren **b. p.** ableiten will; ſobald aber der Punkt zur Sprache gebracht wird, ſo unterſucht ihn dann der Prätor ſelbſt [15]).

---

14) Fr. 2. §. 1. quis ordo. — Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat, vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is, quibusque per ipsum Praetorem factum non est, quominus daret bonorum possessionem. §. 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit quidem Praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit; potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, quum Praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus.

15) S. z. B. jene Stelle (fr. 9. §. 1. unde cogn.), wonach dem Cognaten die Friſt ex die mortis berechnet wird, und ſie ihm ſchon gegeben iſt (accepit). In Folge des Auftretens eines ſpäteren Cognaten kann ſie für ungültig erklärt werden, wenn die Friſt nach jener Berechnung ſchon verſtrichen war. — S. ferner fr. 3. §. 3. de Carb. ed. und fr. 11. pr. de b. p. c. t. »repellitur ab ea possessione. Idem puto et in eo, qui pure quidem, sed non jure scriptus sit heres. Sämmtliche vernichtenden Beweiſe konnten zu dieſem Zwecke vorgebracht werden. — Seitdem die Eröffnung der Teſtamente unter die Aufſicht und Leitung des Prätors geſtellt worden war (tit. D. testam. quemadmodum aperiantur), erſchien es ſehr natürlich, daß hiebei die Frage, wer inſtituirt ſei, conſtatirt wurde, daß alſo auch ſchon vorher die b. p. sec. tab. ertheilt werden konnte, unter der Vorausſetzung, daß ſich die Inſtitution des Nachſuchenden nachher beſtätigen werde. (fr. 1. §. 4. de

Digitized by Google

4. Freilich aber wird er auch nicht selten einen Ungültigkeitsgrund der b. p. durchaus dem Vorbringen und der Untersuchung in dem Processe überlassen haben, welcher zuerst vom b. possessor angestellt wird (entweder eine fictitia actio, oder das Int. quor. bon.); weniger wohl dann, wenn ein eigener Bewerber um die bon. poss. der Gegner ist, denn dann wird schon bei dessen Agnition die Sache vor dem Prätor zur Sprache gekommen, und dem Ersten unberechtigten Erbittenden die b. p. aberkannt sein [16]), als vielmehr in den Fällen, wo ein auf die Erbschaft selbst nicht Anspruch Machender nur das Recht des Klägers läugnet; denn dann war der vom Bekl. behauptete Ungültigkeitsgrund dem Prätor vorher noch gar nicht zu Ohren gekommen.

Gerade für diesen letzteren Fall hat die Verweisung an den judex ihre besonders natürliche Erklärung, während sie sonst die größten Uebelstände herbeigeführt haben würde, wie dies bereits im ersten Bande S. 391 ausgeführt ist. Der

---

jur. et facti ign.). Dabei bleibt es nicht minder wahr, daß das Instituirtsein wahre Bedingung für die Gültigkeit der sec. tab., sowie das Präterirtsein für die der c. t. b. p. blieb. Wurden beide b. possessiones nach der Testamentseröffnung erbeten, so entnahm dann der Prätor einfach aus dem Ergebniß der Publication die Entscheidung über Zulässigkeit der b. p.

16) Es kommt indeß auch in solchem Falle allerdings eine Verweisung an den judex vor. In fr. 5. §. 1. de his quae ut indign. wird vorausgesetzt, daß die Cognaten behaupten, das Testament sei in der Art non jure factum, um auch gegen sie nicht aufrecht erhalten werden zu können. Nachdem nun die Cognaten b. p. agnoscirt haben, soll der Umstand, daß sie vom scriptus heres schon ein Legat ausgezahlt bekommen haben, kein Hinderniß gegen die Einforderung der ganzen Erbschaft sein, sobald nur aus ihrer Person sich ein Entschuldigungsgrund für jene Einforderung des Legats und die darin liegende Anerkennung des Testaments vorbringen läßt. Der Jurist aber sagt ausdrücklich, daß dies vom judex untersucht wurde: Prohibendi autem sint an non, ex cujusque persona, conditione, aetate, causa cognita a judice constituendum erit). Hier hat also der Prätor bei der Ertheilung der b. p. unde cognati die Frage, ob die Legatsannahme ein Hinderniß der b. p. sei, ununtersucht gelassen, und dem judex anheimgestellt. Dagegen die andere Frage, ob das testamentum in der Art non jure factum sei, daß es der b. p. unde cognati nicht entgegenstehe, wird schon der Prätor in Betracht gezogen haben.

Digitized by Google

Prätor würde nämlich sonst dem **bon. possessor** einestheils ganz unnütze Weitläuftigkeiten gemacht haben, weil dieser in einer Reihe von Processen stets dieselben Sachen beweisen müßte; anderntheils würden die Vortheile, welche in der **bon. poss.** lagen, daß nämlich durch Prätorisches **imperium** ein Repräsentant constituirt wird, mit dem Gläubiger, Schuldner, Legatare ohne Gefahr in Verbindung treten konnten, völlig elidirt sein. Denn war die vom Prätor **de plano** ertheilte **b. p.** noch „ohne alle Bedeutung und Wirkung", wie Fabricius sagt, so war jeder Schuldner, der an und für sich gern zahlen wollte, gezwungen, einen Proceß anzufangen, damit der Kläger nun erst in diesem Proceß die Rechtmäßigkeit seiner **b. p.** darthun konnte. Und jeder Gläubiger, der ganz klares Recht hatte, und gern einen Proceß vermeiden wollte, mußte ihn doch beginnen, nicht weil sein Recht ihm bestritten würde, oder weil das Ertheiltsein der **b. p.** unsicher wäre [17]), sondern weil, was der Kläger gar nicht bestreitet, die Rechtmäßigkeit der **b. p.** erst hätte bewiesen werden müssen. Oder soll man glauben, daß der Prätor, der selbst nicht die Nothwendigkeit der **b. p.** untersucht hätte, nun auch die Parteien von einer Untersuchung vor dem **judex** freigesprochen hätte? Das hieße der Unredlichkeit Thür und Thor öffnen [18]).

Und sollen wir denn überhaupt glauben, daß bei den Römern alle Erbschaftsangelegenheiten nur durch Processe regulirt werden konnten? Soll der Prätor das, was er um des Interesses der verschiedensten Person willen eingeführt hat, und was doch gewiß in gar vielen Fällen ohne allen formellen Rechtsstreit auseinandergesetzt werden konnte, — ganz unweise, bloß um seine eigenen Geschäfte zu vermindern, so eingerichtet haben, daß gerade diese wünschenswertheste Regulirungsart nie eintreten konnte? Wir müssen doch für eine solche Beschuldi-

---

17) Dies wird durch **Interrogatio in jure** festgestellt. fr. 2. **de interr. in jure.**

18) Dann hätte z. B. ein Gläubiger, dem eine **exceptio** entgegenstand, unter allem Schein Rechtens mit einem beliebigen **possessor hereditatis**, der irgend eine **b. p. de plano** erbat, und ihm nur das Geld auszahlte, den daraus entstandenen Gewinn theilen können.

Digitized by Google

gung erſt nach Beweiſen fragen, ich wüßte aber nicht, daß dergleichen vorgebracht worden wären.

§. 114. Nachdem wir jetzt die äußere Handhabung des **successorium edictum** haben kennen lernen, welches auch in ſeiner völligen Ausbildung dazu dient, durch Anordnung von Deliberationsfriſten eine Reihenfolge der Berufungen möglich zu machen, — ſo haben wir dem das Civilrecht gegenüberzuſtellen, und zu zeigen, inwieweit deſſen Theorie über die Delation der Erbſchaft von dem geſchloſſenen Syſtem der **b. p.** abwich, und wie weit ſie wieder damit übereinſtimmte.

In unſerem erſten Bande iſt die Unterſuchung ſchon bis zu den Sätzen geführt, daß das civilrechtliche Syſtem keine Succeſſion in den Inteſtatklaſſen (S. 108—110. S. 206 ff.), wohl aber eine ſolche von der teſtamentariſchen zur Inteſtatſucceſſion anerkannt habe (S. 111 ff.). Letzteres in eigenthümlicher an eine Interpretation der 12 T. angelehnter Weiſe, und ohne daß darin für den teſtamentariſchen Erben eine Deliberationsfriſt läge. Dieſe Mängel des Civilrechts auszugleichen, dazu diente gerade die **b. p.**, und die Nachtheile, die dem **heres** drohten, wenn er ſie verſchmähte, die Vortheile, welche ihm geboten wurden, wenn er ſie agnoscirte, rechtfertigen zur Genüge die Annahme, daß durchaus in den meiſten Fällen der **heres** die Prätoriſchen Deliberationsfriſten eingehalten haben wird. Aber direct, bei Verluſt ſeines civilen Erbrechts, dazu gezwungen war er doch nicht, und ſo kommt es, daß das civilrechtliche Syſtem der Delation in einen wahren formellen Gegenſatz zum Prätoriſchen tritt. Es mag doch gar oft, wenn gleich gewiß nicht in der Mehrzahl der Fälle, vorgekommen ſein, daß der **heres** lediglich ſich mit ſeinem Civilrecht begnügen wollte, daß weil ein vom Civilrecht Berufener vorhanden war, Niemand nun Luſt hatte, eine **b. p.** zu agnosciren, welche nur Weitläuftigkeiten und keinen reellen Nutzen verſprach, da ſie in jedem Augenblicke zur **sine re** gemacht werden konnte. Hier wiſſen alſo wieder die Creditoren Niemanden, „**cum quo congrediantur**“, ſollen ſie kein Mittel gehabt haben, jetzt, wo die **b. p.** keine Aushülfe gewährt, den ſäumigen **heres** zur Antretung zu zwingen?

Digitized by Google

Allerdings; dies Mittel ist das **jus deliberandi**, welches deßhalb auch seinem Zwecke gemäß in den Pandekten zwischen den Lehren von der civilrechtlichen Succession in einem eigenen Titel seinen Platz hat [1]). Offenbar muß uns dies Institut, das mit der **b. p.** denselben Boden der Entstehung gemein hat, vom größten Interesse sein.

Jedenfalls ist das **jus deliberandi**, wenn auch für den civilrechtlichen Erben bestimmt, Prätorischen Ursprungs. Die Römischen Juristen handeln dasselbe in den Büchern **ad edictum** ab, und in den Pandekten sind uns noch zwei Stellen aus dem Edicte aufbewahrt, wovon die eine das allgemeine Deliberationsrecht feststellt [2]), die andere den besonderen Fall betrifft, wenn der Berufene ein Pupill ist [3]). Letzteres kennt schon Labeo [4]).

Wann dies ganze Institut aufgekommen ist, wage ich nicht zu entscheiden, aber daß es später sein müsse als die **b. p.**, kann man, glaube ich, mit einiger Sicherheit schon deßhalb annehmen, weil sonst das Aufkommen des **successorium edictum**, wenn schon Deliberationsfristen für den Civilerben vorhanden gewesen wären, sich schwer verstehen ließe. Und im Gegentheil bietet die entgegengesetzte Auffassung eine durchaus natürliche, mit Nichts im Widerspruch stehende Rechtsentwicklung dar. Im Anfange will der Prätor, um des Interesses der Creditoren willen, den **heres** noch nicht bei Verlust seines Erbrechts zur Antretung bewegen. Das ist die **b. p.** Später aber, als diese sich schon beim Volke eingelebt, so daß bereits Cicero den Verres wegen ihrer willkührlichen Umgestaltung anklagen konnte, da durfte auch der Prätor weiter gehen, und dem **heres**, der das Prätorische Rechtsmittel verschmähte, bei Verlust seines Erbrechts auf Antrag der Creditoren eine Frist setzen.

Die Sache läßt sich aber noch genauer nachweisen. Die **bon. poss.** kann gewiß nicht, wie im ersten Bande (S. 89) ausgeführt ist, hinter die **Rutiliana actio** (im Jahr 649) ge-

---

1) Dig. XXVIII. 8. de jure deliberandi.

2) Fr. 1. §. 1. de jure del. — Ait Praetor: si tempus ad deliberandum petet, dabo.

3) Fr. 7. pr. eod.

4) Fr. 7. §. 2. eod.

Digitized by Google

setzt werden, vielmehr muß sie schon geraume Zeit vorher bestanden haben. Durch den Prätor Rutilius aber wurden erst die Grundsätze über die **bonorum venditio** im Edicte festgestellt [5]). Da sich nun mit Sicherheit nachweisen läßt, daß das **jus deliberandi** eine weitere Ausbildung dieses Edictes über die **bonorum venditio** ist, so muß das **jus deliber.** späteren Ursprungs sein, als die **b. p.**

Diese Nachweisung des Zusammenhangs der **bon. emt.** mit dem **jus deliberandi** liegt schon in den Worten des Gaius **III. 78:**

> **Mortuorum bona veneunt velut eorum, quibus certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.**

Es muß gewiß sein, daß keine **b. p.** agnoscirt werden kann, und das ist dasselbe, was Ulpian in **fr. 1. pr. de succ. ed.** sagt, daß nämlich das **successorium edictum** dazu diene, die **bonorum venditio** zu verhindern. Aber ebenso gewiß muß es auch sein, daß kein **heres** eintreten werde, und gerade dazu dient das **jus deliberandi.** Früher war die Besitzergreifung der Güter durch die Gläubiger eine rein factische Gewalthandlung gewesen, die höchstens durch Prätorische Decrete geregelt wurde. Um dies verhaßte Verfahren so viel wie möglich zu hindern, ward das **successorium edictum** gegeben, und für den Fall, daß dies nicht ausreichte, stellte dann Rutilius zuerst genaue Edictsregeln auf. Daher kam es, daß überhaupt diese **bon. venditio** ganz nach dem Vorbilde der **bon. poss.** mit Klagen versehen ist. Die **bon. vend.** war gleichsam die letzte außerordentliche Klasse der **bon. poss.**, und sie trat damals immer ein, wenn letztere kein Resultat gegeben hatte. Aber bald mußte man, um sie soviel wie möglich zu vermeiden, daran denken, auch wenn die **b. p.** nicht ausreichte, den **heres** noch auf andere Weise heranzuziehen, und so ist denn in der späteren Zeit, die Gaius im Auge hat, das Zunicht-Werden aller civilrechtlichen und Prätorischen Delation

5) Gai. IV. 35.

Digitized by Google

die Vorbedingung der **bonorum venditio** [6]). So sagt er denn auch II. 167.

> **solet tamen Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velint adeant hereditatem; si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.**

Wegen dieses Zusammenhangs handeln denn auch die Römischen Juristen das **jus deliberandi** bei den **missiones in bona** und bei der **bonorum venditio** ab, Ulpian im 60. Buche **ad edictum**, Paulus im 57. [7]). Wenn daher die Pandekten hier die Ordnung des Edicts befolgt hätten, so würde der Titel **de jure deliberandi** im 42. Buche zwischen dem vierten und fünften Titel stehen. Alles bei dem **jus deliberandi**, wie es in den citirten Stellen zu lesen ist, wird aus der demnächstigen **bonorum venditio** erklärt, die Ernennung eines **curator bonorum**, die einstweilige etwaige Immission der Creditoren, die Regeln für minderjährige oder unter einer Bedingung eingesetzte Erben, die Art, wie der Erbe (durch Denegation der Klagen) sein Erbrecht verliert.

Hierdurch gewinnen auch die beiden Stellen **fr. 69. und 70. de a. vel o. her.** ein neues Licht. Ihre Aufnahme in diesen Titel zeigt genügend Justinians Willen an, daß civil-

---

6) Seit der **lex Julia** wurde auch noch das Recht des Fiskus an den **bona vacantia** dazwischen geschoben. **fr. 1. §. 2. de jure fisci. fr. 1. pr. de succ. ed.** und die eben citirte Stelle des Gaius „**alius justus successor**"). — s. Schröter in d. Zeitschr. f. Civ.-R. und Proc. X. S. 103 ff. — Im äußersten Fall konnte, wenn Niemand wegen der Ueberschuldung unbedingt antreten wollte, der berufene **heres** den Creditoren Procente bieten, worauf dann **decreto a Praetore interposito** die **her. aditio** erfolgte. **fr. 54. §. 1. de manumiss. test.** Man sieht, daß Alles angewandt wurde, um die **bon. venditio** zu verhindern. s. auch noch **fr. 5. de curatorib. furioso.**

7) Vergleiche **fr. 1. 3. 7. de jure delib. fr. 69. de a. vel o. her. fr. 8. quib. ex caus. in poss. fr. 5. de reb. auct. jud.** (Ulpian) ferner **fr. 2. de jure delib. fr. 70. de a. vel o. her. fr. 9. quib. ex caus. in poss. fr. 4 u 6. de reb. auct. jud. fr. 1. de curat. bon. dando.** (fast wörtlich übereinstimmend mit **fr. 23. §. 3. de her. inst.**) — (Paulus).

Digitized by Google

rechtlich eine Succession von der teſtamentariſchen zur Inteſtaterbfolge beſtehen ſoll [8]). Aber Ulpian und Paulus meinen es anders, ſie ſprechen nur von der Art, wie der Prätor, nach Analogie der b. p. [9]), das **jus deliberandi** ertheilt, und wie

---

8) ſ. Bd. I. S. 118. Note 2. Es iſt dort aus Verſehen das fr. 70. dem Ulpian zugeſchrieben.

9) Beſonders intereſſant iſt die Darſtellung des Pomponius (**libro I. ad Sabinum**) in fr. 23. de her. inst. — **Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum, is bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem.** (Alſo in der Verleihung der b. p. durch das imperium des Prätors liegt ſogleich das Recht der ſelbſtändigen Verfügung über die Erbſchaft. Und da dies keine decretalis b. p. iſt, ſo ſieht man recht, wie ſich von der Verleihung durch den Prätor, nicht erſt ſeit einem Proceß vor dem judex die rechtliche Wirkung der b. p. datirt.) **Sed si bonorum possessionem non admittat, sed conditionem trahat, cui facile parere possit, veluti si servum, quem in potestate habet, manumiserit, nec menumittat** (alſo das Folgende iſt nur ein Aushülfsinſtitut, da wo die b. p. vom heres nicht agnoscirt wird, und auch kein Anderer Luſt hat) **hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas.** (Alſo wenn die b. p. nicht ausreicht, ſo ahmt der Prätor das jus deliberandi nach, welches den Antrag der Creditoren vorausſetzt. Man ſieht hieraus ſo recht das Ineinandergreifen der b. p. und des jus deliberandi und die Einheit der Tendenz bei der Handhabung beider Inſtitute.) **Item si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habebit, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum: „si ille", puta, „Consul factus fuerit", tunc postulantibus creditoribus constituet Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum, et interim quae urgebunt per curatores distrahi jussurum.** Alſo auch in dieſem Falle einer nicht-poteſtativen Bedingung war die Agnition der b. p. weit vortheilhafter, da alsdann ſchon vor Eintritt der Bedingung der Inſtitutus mit der Erbſchaft ſchalten kann, während wenn ihm ein spatium deliberandi geſetzt wird, er nur noch die Erbſchaft antreten kann, wenn innerhalb deſſelben die Bedingung eintritt. Uebrigens ſetzt die Anordnung des spat. del. bei caſuellen Bedingungen den Antrag der Creditoren voraus, während bei poteſtativen der Prätor ganz aus eigener Machtvollkommenheit eingreifen kann. ſ. auch fr. 4. pr. de reb. auct. jud.

Digitized by Google

nach Ablauf dieſer Friſt die actiones denegirt werden. Zu dieſem durch den Prätor erreichten Reſultat vermochte man mit Regeln des Civilrechts nicht zu gelangen, aber man ſuchte Beide doch wenigſtens einander zu nähern, indem man durch jene eigenthümliche Interpretation der 12 Taf. (Bd. I. S. 115 u. ff.) für den Fall des destitutum testamentum eine civilrechtliche Succeſſion herausbrachte. Nichts iſt daher wohl natürlicher als die Annahme, daß man auf die Möglichkeit dieſer Interpretation erſt aufmerkſam wurde, als durch das Vorbild der b. p. das Streben erwacht war, ſoviel wie möglich auch im reinen Civilrecht eine ſucceſſive Delation mehrer Klaſſen zu rechtfertigen [10]).

Dieſe Einwirkung des Vorbildes der b. p. iſt nun auch namentlich in der Zeitdauer des spatium deliberandi gar nicht zu verkennen. Daſſelbe ſoll wenigſtens immer hundert Tage betragen, und das iſt ja gerade auch die regelmäßige Friſt der bon. poss. Natürlich aber kann ſich hier der Prätor wieder nicht ſo die Hände binden, daß er nicht nach Lage des Falles die Friſt auch einmal verlängern ſollte [11]).

Hiernach ſcheint mir der Gegenſatz und doch wieder das hiſtoriſche und praktiſche Ineinandergreifen der bon. possessio

---

10) Auf dieſe Argumentation iſt Band I. S. 118. Not. 3. gedeutet.

11) fr. 2 und 3. de jure delib. — Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi. — Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam saepius diem ad deliberandum dandum esse, dum Praetori suadeatur, tempus, quod primum aditus praestituerat, non suffecisse. — Von dieſem, auf Nachſuchen der Creditoren dem Civilerben geſetzten spatium deliberandi hat auch ohne Zweifel Paul. rec. sent. IV. 8. 21. geſprochen, was aber in der Weſtgothiſchen Compilation arg verſtümmelt iſt: Legitimi heredes jure civili intra centesimum diem nisi adierint hereditatem, ad proximos eadem successio transfertur. In dieſer Faſſung paſſen die Worte ſchlecht zu dem gleich folgenden §. 23: In hereditate legitima successinoi locus non est: et ideo fratre decedente, antequam adeat aut repudiet hereditatem, fratris filius admitti non potest, quia omnis successio proximiori defertur.

Digitized by Google

und des **jus deliberandi** zur Zeit der klassischen Juristen genügend auseinandergesetzt. Und so ist es denn auch wegen der nahen Verwandtschaft beider Institute kein Wunder, daß der Prätor das **jus deliberandi** sogar wieder auf die **bon. possessio** zurückwandte in den Fällen, wo, wie wir oben dargestellt haben, auch das **successorium edictum** gar zu lange Fristen darbot. (s. §. 112 am Ende). So sagt **fr. 1. §. 12. de succ. ed.:**

> **Ideoque placuit eis (parentibus liberisque) praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionem, neque bona diu jacerent. Sane nonnunquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in jure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut si repudiare se dicant, sciant creditores quid sibi agendum sit, si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt.**

So sehen wir recht klar, wie der Prätor sowohl für Civil- als Prätorische Erben als regelmäßige Deliberationsfrist die von hundert Tagen (die alte Cretionsfrist) aufrecht erhält [12]), und daß er hierauf auch soviel wie möglich das Jahr der **parentes et liberi** zurückzuführen sucht, ohne ihnen doch diese Frist zu schmälern, wenn sie darauf bestehen. Gewiß aber konnten auf diese Weise die Creditoren es bewirken, daß z. B. bei dem **suus**, dem drei Jahr lang die **b. p.** lief, und der sichtlich die Gläubiger hinziehen wollte, wenigstens nach Ablauf des ersten Jahres die **bonorum venditio** eintritt.

---

12) Von der andern Seite ist auch in einem besonderen Falle das Jahr, welches den Kindern zur Deliberation gegeben wird, von der b. p. auf die hereditatis aditio übertragen worden. fr. 6. §. 1 ad Sc. Tertull.

Digitized by Google

Druck von E. A. Huth in Göttingen.

Digitized by Google

Die

Bonorum possessio.

Ihre geschichtliche Entwicklung

und

heutige Geltung,

dargestellt

von

Dr. Burkard Wilhelm Leist,

ordentl. Professor der Rechte zu Rostock.

Zweiter Band.

Zweite Abtheilung.

Göttingen,

bei Vandenhoeck und Ruprecht.

1848.

Digitized by Google

ed by Google

Inhaltsangabe.

Drittes Buch.

Die b. p. in der späteren Kaiserzeit.

Seite

Einleitung.

1) Allgemeine Charakteristik der späteren Kaiserzeit. §. 115. 116. 3

2) Bedeutung der b. p. extraordinaria und quibus ex legibus. §. 117. 118. 10

Erstes Kapitel.

Entstehung der her. petitio possessoria.

I. Critik der bisherigen Ansichten. §. 119—121. . . 16

II. Keime der Klage in der klassischen Juristenzeit.

1) Die querela inofficiosi in Folge der b. p. litis ordinandae gratia. §. 122. 37

2) Die b. p. dimidiae partis des Patrons. §. 122. 42

3) Die Klagen der Peregrinen aus der b. p. §. 123. . . . 47

III. Die wahren Entstehungsgründe der Klage. §. 124. 125. 50

Digitized by Google

Seite

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der bon. poss.

I. Der neue Begriff der b. p. §. 126 – 128. 64

II. Die einzelnen Klassen der b. p.

1) Das Notherbenrecht. §. 129. 78

2) Die testamentarische Succession (Geschichte des Prätorischen Testaments).

a) Die Folgen des Rescripts von Mark Aurel über das non jure factum testamentum. §. 130. . 80

b) Verhältniß des Prätorischen zum Mancipationstestamente. §. 131. 132. 87

c) Verhältniß des Prätorischen zum nuncupativen Testamente. Erklärung der Nov. Theodos. II. de testament. (tit. 16.). Gestaltung des civilen Testaments im Justinianeischen Rechte. §. 133. . 101

3) Die Intestatsuccession. §. 134. 114

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

Die drei Formen der Erbantretung im späteren Recht. (cretio, pro herede gestio, b. possessionis agnitio.). §. 135. 116

I. Die Gesetze von Constantin und Constantius. §. 136. . . 126

II. Arkadius und Honorius. §. 137. 136

III. Honorius und Theodosius II. — Theodos II. — Theodos II. und Valentinian III. §. 138. 141

IV. Valentinian III. §. 139. 148

V. Die Westgothische Compilation. §. 140. 156

Gesammtübersicht. §. 141. 160

Digitized by Google

Seite

Viertes Kapitel.

Umgestaltung des Interdictum quorum bonorum.

I. Die Wirkungen, welche die Umgestaltung des Begriffs der b. p. für das Interdict zur Folge haben mußte. §. 142. 143. 162

II. Erfordernisse, Gegenstand, Parteien und Zweck des Interdicts. § 144. 173

III. Fordert das Interdict nur Bescheinigungen, und ist es ein provisorisches Verfahren? §. 145. 184

IV. Ist das Interdict summarisch? §. 146. 192

V. Verhältniß des Interdicts zur her. petitio. §. 147. . . 201

VI. Ist die Agnition der b. p. Voraussetzung für Anstellung des Interdicts? §. 148. 210

Viertes Buch.

Die b. p. in der Justinianeischen Compilation.

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

Einleitung.

Die Justin. Compilation ist vorherrschend nur Sammlung des bisherigen Rechts. Werth der Novellen u. Basilikenscholiasten für die Untersuchung. §. 149. 221

I. Begriff der b. p. unter Justinian. §. 150. 226

II. Ausmerzung der b. p. sine re. §. 151. 228

III. Anerkennung der her. pet. possessoria. §. 152. . . . 234

IV. Delations- und Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts und ihr Verhältniß zum Civilrecht.

1) Gründe, daß die b p. im Justinianeischen R. ein geschlossenes System geblieben sei. §. 153. 235

2) Dagegen aber sprechen a. Justinians Constitutionen §. 154. 240
b. die Basilikenscholiasten. §. 155. 245

3) Die Reception des Interd. quor. bon. §. 156. 257

Digitized by Google

Seite

4) Die Agnition der b. p. ist für die Prätorischen Erbklassen kein nothwendiges Erforderniß mehr.

a) nach den Novellen. §. 157. 260

b) nach Digesten, Codex, und der Darstellung des gesammten Erbrechts in den Institutionen. §. 158. 264

c) Erklärung des Institutionentitels de bon. poss. §. 159. 160. (Am Ende des §. 160. vor der b. p. ex legibus). 271

5) Gesammtresultat der Untersuchung. Die b. p. hat im Just. R. eine doppelte Bedeutung: die successio ex jure Praetorio, welche auch durch her. ad. erworben werden kann, und das Besitzesrecht der Erbschaft, welches unter den Regeln des successorium edictum steht, und mit dem Int. quor. bon. verfolgt wird. §. 161. 283

6) Verhältniß des successorium edictum zur missio Hadriana. §. 162. 290

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

Einleitung. §. 163. 298

I. Die ordinären ins Civilrecht recipirten Erbklassen. Notherbenrecht, Testamentarische und Intestatsuccession. §. 164. 299

II. Die Delations- und Acquisitionsregeln des Justinianeischen Civilrechts, insbes. die Lehre vom Erwerb der Erbschaft durch Stellvertreter.

1) Allgemeine Grundsätze. . . . . §. 165. 308

2) Erwerb für Willensunfähige. . . . . §. 165. 308

a) Pupillen, und infantes in väterl. Gew. §. 165. 308

b) furiosi. (b. p. furiosi nomine). §. 166. . . 315

c) Taubstumme. Verschollene. Minderjährige. Juristische Personen. §. 167. 321

3) Erwerb per procuratorem.

Digitized by Google

Seite

a) Folgerungen aus den Grundprincipien des Erbrechts und Mandats für die aditio per nuntium, die Vertretung der pro her. gestio, und die bedingten Aufträge zur Antretung. §. 168. 325

b) Historische Entwicklung, daß das Röm. R. die Stellvertretung bei der her. ad. keineswegs ausgeschlossen hat. §. 169. 332

III. Die b. p. als geschlossenes auf den Erbschaftsbesitz gerichtetes System. (Int. quor. bon. — b. p. furiosi. Carboniana. und ventris nomine). §. 170. 340

IV. Die b. p. litis ordinandae gratia und decretalis im Justinianeischen Rechte. §. 171. 342

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Einleitung.

Die allgemeinen Principien über die Geltung des Römischen Rechts in Deutschland. §. 172—174. 349

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

Quellen der Rechtsgeschichte seit Justinian, und deren Bedeutung. §. 175. 368

I. Die Glossatoren und ihre Vorgänger.

1) Literärgeschichte. §. 176. 373

2) Zeugnisse über das practische Recht. §. 177. 178. . . . 376

II. Das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert.

1) Literärgeschichte. §. 179. 180. 389

2) Zeugnisse über das practische Recht. §. 181. 401

III. Behandlung der b. p. seit dem 16. Jahrh. bis auf unsere Zeit.

1) Literärgeschichte. §. 182. 183. 404

Digitized by Google

Seite

2) Zeugniſſe für das practiſche Recht.

a) Die Anſichten der Schriftſteller über Geltung der b. p. und deren Critik. §. 184. 185. . . . 413

b) Geſchichte der gemeinrechtlichen Reception des Römiſchen Erbrechts in Deutſchland, aus den Stadt- und Landrechten. §. 186.—188. . . . 430

IV. Endreſultat. §. 189. 454

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einſatz.

I. Der Einſatz ruht auf den Römiſchen Inſtituten der missio Hadriana und des Int. quor. bon. §. 190. 465

II. Gemeinrechtliche Reception der missio und des Interdicts, und gewohnheitsrechtliche Ausdehnung des Interdicts auf jeden heres auch ohne Agnition der b. p. §. 191. . 468

III. Verhältniß der missio zum Interdict. Unterſchiede zwiſchen beiden. Gleichartigkeit beider im Effecte. Competenz des Richters. §. 192. 474

IV. Gegenſtand des Einſatzes. Perſon des Klägers. Behauptungen der Parteien und Beweis derſelben. §. 193. . . 482

V. Summarietät des Verfahrens. Unterſchied des Einſatzes von anderen auf ſingulärem Grunde ruhenden proviſoriſchen Einweiſungen. §. 194. 497

Digitized by Google

Drittes Buch.

Die bonorum possessio in der späteren Kaiserzeit.

Digitized by Google

Einleitung.

§. 115. Wir haben es in diesem Werke mit einem Institute zu thun, das vielgestaltig durch den Lauf der Zeiten sich hindurchzieht, das dem Umschwunge der Verhältnisse nicht unverändert Trotz zu bieten vermochte, sondern durch sie nach und nach ein ganz anderes wurde. In dem ersten Buche habe ich zu zeigen versucht, wie der Begriff der **bon. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen aufzufassen ist, ein Begriff, dessen unverändertes Bestehen sich bis in die ältesten Zeiten unseres Institutes zurückführen läßt. Das zweite Buch leitete uns zu den Erweiterungen, welche auch schon den klassischen Juristen bekannt sind, aber theilweise bereits sich als Ausnahmen neben den ursprünglichen Begriff stellen. Diese Ausnahmen bilden den Uebergang zu den späteren Zeiten, in denen die Thätigkeit der Magistrate für die Fortbildung des Rechts erloschen ist, und eine frische lebensvolle wissenschaftliche Behandlung nicht mehr in den Kräften der damaligen Juristen liegt. Die Kaiser sind es jetzt, welche das Recht durch Gesetze bearbeiten, aber sie thun es, so viel Luxus sie auch mit Worten treiben, nur soweit der nothwendige Hausbedarf sie führt. Und nicht allein, daß sie ihre wissenschaftlichen Kräfte in Beziehung auf Productivität nicht mit denen der vorangehenden Zeiten zu messen vermögen, sie sind auch nicht einmal im Stande, das wissenschaftliche Erbtheil vergangener Zeiten gehörig zu bewahren, und vor Verwirrung und verkehrter Anwendung zu schützen.

In diese Zeiten treten wir jetzt ein. Wie in so vielen anderen Theilen des Römischen Rechts werden auch für die

Digitized by Google

bon. possessio die Quellen dunkler, das Studium derselben erhält eine gewisse Unerfreulichkeit, weil wir es hier nicht mehr immer mit juristischer Schärfe und vernünftiger Rechtsfortbildung zu thun haben, welches Lob wir im Ganzen doch den vorhergehenden Zeiten unbedenklich ertheilen dürfen. Aber statt dessen treten hier andere Umstände hervor, die unser Interesse erwecken, und Anziehungskraft genug haben, um uns auch in den wissenschaftlich ungebildeteren Zeiten dem Fortschreiten des Rechtes mit Liebe nachforschen zu lassen. Wir haben es einestheils mit einer Zeit zu thun, die der unsrigen näher liegt, und zur klaren Erfassung des heutigen Rechts von ganz besonderer Wichtigkeit ist. Das Recht der klassischen Juristen ruht gerade in unserer Lehre auf Grundlagen, die unserem heutigen Leben vollkommen fremd sind, und die Keime dessen, was wir als das heutige Recht hinzustellen haben, gehören hauptsächlich erst der späteren Zeit an. Da aber uns Juristen der Blick auf die Gegenwart unseres Rechtes stets die Grundrichtung und das eigentliche Ziel unserer Studien sein muß, so werden wir für die Unwissenschaftlichkeit der Zeiten, die wir bis zu unserem Ziele nicht überspringen können, doch wieder entschädigt. Wir finden hier die Elemente des Rechts, welches noch heutzutage besteht, und ihnen das nöthige wissenschaftliche Leben und die gehörige Durchbildung zu geben, deren sie früher entbehrten, das hängt eben lediglich von uns selbst ab. Nicht darauf kommt es an, daß wir dieselben Rechtssätze haben müßten, welche zur Zeit der Römischen Jurisprudenz galten, sondern daß wir die heutzutage geltenden Institute derselben ächt wissenschaftlichen Behandlung unterwerfen, wie die Römer es mit den ihrigen gethan haben. Und dazu sollen uns die klassischen Juristen Muster und Vorbild sein.

Hierzu gesellt sich noch ein anderer Umstand, welcher der Erforschung auch der späteren Kaiserzeit Reiz verleiht. Freilich geben uns die einzelnen neuen Bestimmungen der Constitutionen oft wenig Zeichen von einer wohlüberlegten, Alles gehörig überschauenden Fortbildung des Rechts, aber es kommt öfter vor, daß, wo Niemand auftritt und die Leitung übernimmt, die Zeit sich selbst halb unbewußt hilft. Rechtsumbildungen werden oft aus innerem practischen Bedürfniß zu einem ganz vernünftigen

Digitized by Google

Endresultate geführt, obgleich ein klarer Wille der Umgestaltung und ein Voraussehen des Zieles, zu dem man gelangen werde, nicht vorhanden ist. Ich hebe dies gleich hier hervor, um den Leser der folgenden Darstellung zu der Prüfung zu veranlassen, ob nicht gerade das Institut der **b. p.** ein sehr treffendes Beispiel zu dieser Bemerkung gewährt. Wir werden es nachher genauer untersuchen, ob nicht, seitdem die lebendige Rechtswissenschaft, und die frühere freie Stellung des Prätors, die beiden Hauptträger und Stützen unseres Institutes, verschwanden, die **b. p.** eine ganz andere Gestalt gewinnen mußte. Ob nicht, da es sich hier nur um das Wegfallen von bisher vorhandenen Voraussetzungen handelt, die ganze Umwandlung von selbst eintreten mußte, für die wir also nicht nach äußeren Gesetzen als den eigentlichen Ursachen suchen dürfen.

Es ist hier gerade der passende Ort, um das Bestehen der **b. p.** in dem langen Laufe der Jahrhunderte in großen Zügen zu charakterisiren. Wollen wir Perioden machen, so müssen, scheint mir, deren zwei angenommen werden. Die erste reicht bis zu dem Punkte, auf dem wir jetzt stehen, also bis zum Ende der Römischen Jurisprudenz. Bis dahin liegt dem Institute ein und derselbe juristische Begriff zum Grunde. Aber freilich wurde derselbe durch den Umfang, den es nach und nach einnahm, durch die Nebenzwecke, zu denen man es benutzte, weit überflügelt. Trotz dem hielt man noch immer am alten Begriffe fest, aber es konnte die Zeit nicht ausbleiben, wo er weichen, und einem neuen Begriffe Platz machen mußte. Dies geschah gegen die Zeit des Diocletian hin, und so beginnt hier denn ein ganz neues Wesen des Institutes. Die Kaiserconstitutionen sind davon nicht der eigentliche Grund, sie sind sehr viel wichtiger für uns als *Zeugen* wie als *Urheber* der Rechtsänderung. Das was sich in dieser späteren Kaiserzeit entwickelt hat, ist noch die Grundlage unseres heutigen Rechtes. Justinians Compilation ist allerdings ein sehr hervortretender Punkt in dieser großen zweiten Periode, aber sie ruht einestheils auf dem, was sich vor ihm festgestellt hatte, und sie ist anderntheils nicht directe Quelle unseres heutigen Rechts, indem auch nach Justinian unsere Lehre noch wieder einer selbständigen Rechtsfortbildung unterworfen gewesen ist. Danach zerfällt

Digitized by

also die zweite Periode in drei kleinere Zeiträume, die sich in den drei vor uns liegenden Büchern darstellen, die spätere Kaiserzeit vor Justinian, die Justinianeische Compilation, und die Reception der b. p. von den Glossatoren an. Die beiden hinter uns liegenden Bücher dagegen sind, weil hier ein anderer Begriff dem Institute zum Grunde lag, die Darstellung einer rein vergangenen Zeit. Sie enthalten historische Vorarbeiten, die freilich nicht fehlen durften, die aber zu einer directen Anknüpfung an unser heutiges Recht sich nicht eignen.

§. 116. Es ist nun sehr auffallend, daß in neuerer Zeit der ersten Periode der b. p. sehr eifrige Forschungen gewidmet worden sind, während über die zweite ein ziemliches Stillschweigen herrscht. Ich habe nicht im Sinn, die Gründe hier auszuführen, woraus sich dies erklärt, noch weniger, die Schriftsteller zu tadeln, welche der älteren Gestalt der b. p. ihre Thätigkeit zugewandt haben. Ich würde damit mich selbst tadeln, da ich diesem Gegenstande zwei weitläuftige Bücher gewidmet habe. Aber ich meine, daß wir nicht auf dem Punkte stehen bleiben dürfen, wo man bisher meistens still gestanden ist, und so habe ich es denn unternommen, auch den folgenden noch wenig betretenen Weg einmal ganz zu durchwandern. Nur an einzelnen Punkten fand ich einen gangbarer gemachten Pfad vor, aber freilich konnte ich ihn auch da nicht immer für den richtigen halten. Die Beschreibung meiner Reise durch das Quellengebiet lege ich nun hier dem Leser vor, und es ist möglich, daß wer denselben Weg noch einmal zurücklegt, finden wird, daß ich Manches übersehen, Manches nicht Uebersehene unrichtig aufgefaßt habe. Wenn dadurch dann das Richtige an den Tag gebracht wird, so werde ich ganz besonders mich dessen freuen. Jedenfalls werden, denke ich, die folgenden Untersuchungen, mag in ihnen nun schon die Wahrheit erkannt sein oder nicht, genügend zeigen, daß unsere Quellen durchaus nicht in dem Grade mangelhaft sind, um uns die Hoffnung einer sicheren Erforschung der Sache von vorn herein zu entziehen, und daß namentlich die Darstellung der b. p. in der späteren Kaiserzeit nicht bloß darin bestehen darf, etwa die Verschmelzung des Quiritischen Eigenthums und des **in bonis**, die l. 9. C.

Digitized by Google

qui admitti und noch einige ähnliche Punkte hervorzuheben.

Ich habe mir besonders angelegen sein lassen, dem Verschwinden früherer feststehender Terminologien, und dem Entstehen neuer Ausdrucksweisen nachzuforschen [1]); denn in einer Zeit, wo es keine theoretische Darstellungen des Rechtes mehr giebt, und wo wir auch vielen Rechtsänderungen nachspüren müssen, die gar nicht direct durch Gesetze veranlaßt wurden, sind die gelegentlichen, aber offenbar technisch gebrauchten Ausdrücke in den Kaiserconstitutionen von besonders sicherer Beweiskraft.

Ferner wird man aus der folgenden Darstellung ersehen, daß ich für die Umgestaltung der **b. p.** ganz vorzüglich die Zeit des Diocletian und Maximian hervorgehoben habe. Es ist dies aus doppeltem Grunde geschehen, einem äußeren und einem inneren. Der erstere ist, daß wir in der so großen Zahl der uns von diesen Kaisern erhaltenen Rescripte ein im Verhältniß zu anderen Kaisergesetzen besonders reichliches Material besitzen, um uns den damaligen Rechtszustand zur Klarheit zu bringen. Aber es tritt noch ein anderer Grund hinzu, um dessentwillen auch wohl noch in manchen anderen Lehren ein genaueres Studium der Diocletianischen Rescripte nicht ohne Frucht sein würde. Die große Zahl der von Diocletian erlassenen Constitutionen ist nichts rein Zufälliges, sie ist durch ein practisches Bedürfniß hervorgerufen. Es war damals die Zeit, wo das Sinken der Jurisprudenz bereits sehr fühlbar sein mußte. Man hielt jetzt Vieles, was die klassischen Juristen genau beobachtet hatten, für unnützen Formelkram, es mußte ferner durch das Aufhören des **ordo judiciorum privatorum** so Manches in den Schriften der Juristen, die doch practische Autorität hatten, dunkel und zweifelhaft werden, daß es gleichsam einer Interpretation bedurfte, wie vom jetzigen Standpunkte aus die klassischen Schriften zu verstehen seien. Dio-

---

1) So sind namentlich hervorzuheben die Ausdrücke: **b. p. cum** und **sine re, b. p. peti non potest, successio, vindicatio,** die drei Bezeichnungen der Erbantretung **cretio, pro herede gestio** und **agnitio;** endlich das Wort **beneficium.**

Digitized by Google

cletian hat diesem Bedürfnisse durch seine Constitutionen abzuhelfen gesucht. Sie haben also durchaus nicht die Tendenz, Neues zu bestimmen, sondern die alte Jurisprudenz mit den neuen veränderten Verhältnissen in Einklang zu bringen, und man kann keineswegs sagen, daß dies ohne Geschick und ohne einen gewissen juristischen Takt geschehen sei. Es ist in diesen Rescripten ein Streben unverkennbar, auch schon in den Worten an die alten Juristen und an die Ausdrücke des Edicts anzuknüpfen [2]), um recht deutlich zu zeigen, wie viel vom alten Recht noch unverändert bestehen bleiben sollte, es ist ferner, wo sich neue Terminologien für neue Rechtsbildungen finden, darin noch eine solche Festigkeit und Freiheit von Schwankung, daß dies sich höchst vortheilhaft von der immer mehr sich verschlechternden juristischen Kunstsprache der folgenden Kaiser unterscheidet.

Es werden im Folgenden genügende Beispiele für die Richtigkeit des Gesagten vorkommen. Jedenfalls wird schon das hier einleuchten, daß, wenn ein Institut sich in der *späteren* Kaiserzeit verändert haben soll, es von vorzüglicher Wichtigkeit ist, zu sehen, welche Gestalt es unter Diocletian einnimmt, indem diese, in noch erkennbarer Weise an die klassische Zeit sich anknüpfend, doch eben wieder die Grundlage für die späteren Zeiten bildet. So sind uns Diocletians Rescripte gleichsam die Brücke, durch welche es möglich wird zu sehen, wie sich der damals schon vorhandene neue Begriff der b. p. aus dem alten in sehr natürlicher Weise entwickelt hat.

Auf diese Anknüpfung des späteren Rechtes an das frühere kommt es überhaupt auch in allen einzelnen Theilen der b. p. ganz vorzüglich an; und so habe ich auf den anschaulichen Zusammenhang der späteren und früheren Zeit ein besonderes Ge-

---

2) In den Diocletianischen Rescripten kehrt sehr häufig die ganz technische Berufung auf die „edicti perpetui forma“ wieder. s. z. B. außer den später noch mitzutheilenden Stellen l. 1. C. de Carb. ed. l. un. C. uti poss. l. 9. C. quod cum eo qui in al. pot. l. 4. C. de tut. vel cur. qui satis non ded. l. 11. C. de praed. et al. reb. minor. l. 18. C. de furtis l. 9. C. de patr. potest. (vgl. fr. 8. de calumniator.)

Digitized by Google

wicht gelegt. Beide ſtehen zu einander in ähnlichem Verhältniß, wie Rechnungsexempel und Probe. Es läßt ſich leicht innerhalb einer weit ausgedehnten Lehre ein einzelner Punkt hervorheben, und von einem beſchränkteren Geſichtspunkte aus ſehr plauſibel unter eine vorgefaßte Anſicht fügen. Aber eine andere Frage iſt dann noch, ob der einzelne Punkt auch in das ganze Syſtem der Lehre ſich gehörig einpaſſen läßt, und daran ſcheitert denn oft manche, im Einzelnen ſehr beſtechende Idee. Ich glaube gerade für die Lehre der **b. p.** iſt es ein Nachtheil geweſen, daß bei vielen über einzelne Theile aufgeſtellten Anſichten die Geſammtanſchauung des Ganzen fehlte, daß namentlich die ſpätere Kaiſerzeit mit ihrer weſentlich veränderten Geſtaltung nicht gehörig vom klaſſiſchen Juriſtenrecht getrennt, und weder der Zuſammenhang noch auch der Gegenſatz beider gehörig geprüft wurde. —

Unſere Darſtellung dieſer ſpäteren Kaiſerzeit wird nun in vier Kapitel zerfallen. Das erſte hat die Einwirkungen zu prüfen, welche die Aufhebung des **ordo judiciorum privatorum** für unſere Lehre mit ſich geführt hat, worin, wie wir ſehen werden, die Entſtehung der **her. petitio possessoria** und das Verſchwinden der **fictitiae actiones** enthalten iſt. Das zweite Kapitel hat dann von der Umgeſtaltung der einzelnen notherbenrechtlichen, teſtamentariſchen und Inteſtatklaſſen der **b. p.** zu handeln, im dritten werden die Antretungsregeln des Prätoriſchen Erbrechts, und im vierten die ſpäteren Schickſale des **Int. quor. bon.** geprüft werden. Es wird hoffentlich das Folgende ſelbſt es rechtfertigen, daß dem Stoffe dieſe Anordnung gegeben worden iſt. Die Geſammtanſchauung von der Umgeſtaltung des Begriffs der **b. p.** kann natürlich erſt aus allen einzelnen Unterſuchungen dieſer vier Kapitel hervorgehen, indeſſen wird doch eine vorzugsweiſe ſich hiemit beſchäftigende Entwicklung im Anfange des zweiten Kapitels ihren Platz finden müſſen.

In die Darſtellung ſelbſt wird Manches am paſſenden Orte verwebt werden, was nach meiner Anſicht nur eine unbedeutende oder gar keine Einwirkung auf die Umwandlung unſerer Lehre gehabt hat; einige Punkte aber, die wir unter demſelben Geſichtspunkte aufzufaſſen haben, ſind am Beſten

Digitized by Google

gleich vorauszustellen, damit sie in dem späteren Gange der Entwicklung nicht weiter einer störenden Erwähnung bedürfen. Sie sollen also gleich in den letzten beiden Paragraphen dieser Einleitung erledigt werden.

§. 117. Eine Eintheilung der gesammten b. p., welche in allen Zeiten, wo man das Röm. Recht bearbeitete, viel Glück gemacht hat, ist die in **bon. poss. ordinaria** und **extraordinaria.** Aber in dieser Art findet sie sich gar nicht in den Quellen, und deßhalb brauchen wir nur kurz dabei zu verweilen.

v. Löhr hat mit Recht gezeigt [1]), daß der Ausdruck **ordinaria** b. p. nur vorkommt im Gegensatz zur **Carboniana** [2]), und zu der **b. p. quibus ex legibus** [3]), und wenn man die citirten Stellen durchliest, so sieht man deutlich, daß unter diese **ordinaria b. p.** jede gehört, welche in eine der aufeinander folgenden Fristen des **successorium edictum** fällt. Der Ausdruck **extraordinaria** kommt aber gar nicht vor, und daraus sieht man genügend, daß die Römer nicht die Absicht hatten, hier zwei verschiedene Klassen scharf einander gegenüber zu stellen. Es erklärt sich dies aus dem in unserem ersten Bande (S. 69) ausgeführten Satze, daß die Römer, in Folge der historischen Entwicklung, an und für sich **bonorum possessio** und **successorium edictum** als gleichbedeutend nehmen. Beides war ursprünglich vollkommen einerlei, nachher freilich setzte man das viele Neue, was der Prätor hinzufügte, meistens dem **successorium edictum** im eng. S. als den bloßen Regeln über die Anordnung der Fristen, entgegen, aber da diese neuen Klassen doch in das System der Fristen mit eingeordnet wurden, so kommt es, daß noch Ulpian auch jene weitere Bedeutung von **successorium edictum** kennt. Neben diesem großen System der **b. p.** gab es indeß noch wieder besondere Sätze, die man als wahrhaft im Gebiet desselben liegend nicht anerkennen konnte, bei denen man indeß auch den Ausdruck **b. p.**

---

1) Magaz. III. S. 234 ff.

2) fr. 5. §. 3. de legat. pr. fr. 3. §. 14—16. de Carb. ed.

3) §. 6. I. de b. p.

Digitized by Google

gebrauchte; was war natürlicher, als daß man, um durch dieſen Ausdruck keine falſchen Begriffe zu veranlaſſen, ihm das eigentliche Gebiet des **successor. ed.** als **ordinaria b. p.** gegenüberſetzte. Wir haben alſo nichts darin zu finden, als daß Alles, was dieſer **ordinaria** entgegengeſetzt wird, nicht als **wahre b. p.** angeſehen werden darf, und das beſtätigt ſich vollkommen, wenn wir die Art der Agnition, ſowie die Wirkungen der **b. p. Carboniana** und **ex legibus** ins Auge faſſen. Umgekehrt haben die Neueren, indem ſie der **ordinaria** die **extraordinaria** gegenüberſetzen, den Schein herbeigeführt, als ſei dies ein zweiter wahrhaft in das Syſtem der **b. p.** gehöriger Theil, was gerade die Römer verhindern wollten, indem ſie bloß jenen erſten Ausdruck gebrauchen, den wir alſo ganz mit: „**wahrer b. p.**" gleichbedeutend nehmen können.

Hier intereſſirt uns nur der eine von dieſen der eigentlichen **b. p.** nicht angehörigen Fällen, die **bon. poss. quibus ex legibus.** Aehnlich wie ſich der Prätor bei ſeinem Edicte über die **in integrum restitutio** den geſetzgebenden Gewalten unterordnet [4]), ſo thut er es auch hier, indem er edicirt:

> **uti me quaque lege, senatusconsulto bonorum possessionem dare oportebit, ita dabo** [5]).

Dies Edict ſcheint ſchon einer älteren Zeit anzugehören, denn ſonſt würden gewiß wie bei der **i. i. r.** auch die **edicta** und **decreta principum** erwähnt ſein. Aber unter der Kaiſerzeit kann Niemand gezweifelt haben, daß dieſe ebenſogut hieher gehörten, als wenn ſie ausdrücklich erwähnt wären.

Danach iſt dem Edicte nicht mehr und nicht minder Werth beizulegen, als einer Erklärung, daß der Prätor ſich den Beſtimmungen des neueren Civilrechts unterordnen werde, die Erlaſſung des Edicts iſt denkbar zu einer Zeit, als noch kein Fall von der Art vorgekommen war; alſo es iſt überhaupt möglich, daß dieſes **in futurum** geſtellte Edict in ſehr wenigen Fällen

---

4) fr. 1. in fin. quib. ex caus. maj. — — **in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.** — Der Fall iſt freilich nur **ähnlich**, denn ſ. fr. 28. §. 2. eod.

5) fr. un. Ut ex legib.

Digitized by Google

zur Anwendung gekommen iſt. Und in der That finden wir in den Quellen nur höchſt unbedeutende hieher zu ziehende Punkte.

Es iſt nämlich von einer **b. p. ex legibus** genau der Fall zu trennen, wo durch neueres Civilrecht Jemandem civiles Erbrecht verliehen wird. Dieſer, obgleich er ſich im Uebrigen noch vom alten civilen Erbrecht der 12 Taf. unterſcheidet [6]), ſteht demſelben in Beziehung auf die **b. p.** gleich, d. h. da der Prätor in ſein Syſtem das ganze Civilrecht als ſolches aufnimmt, ſo müſſen auch die neuerdings Hinzugekommenen von ſelbſt eine Klaſſe in der **b. p. unde legitimi** ausmachen [7]), wie dies z. B. namentlich beim **Sctum Tertullianum** und **Orphitianum** Statt findet [8]). Unter dieſen Geſichtspunkt gehören viele Fälle, welche man fälſchlich zu der **b. p. ex legibus** gerechnet hat [9]).

Eher ſchon könnte man hieher ziehen jene Kaiſergeſetze, welche wir bei der **sec. tab. b. p.** haben kennen lernen (ſ. oben §. 110 u. 111), wonach eine **b. p.** in mehr Fällen, als dies bisher der Prätor anerkannt hatte, **cum re** ſein ſoll, denn hier ruht ihr **effectus** lediglich auf der kaiſerlichen Conſtitution. Aber wahrhaft hieher gehören ſie doch nicht, da auch ſchon der Prätor allein hier eine **b. p.** gegeben hatte, die freilich zur **sine re** gemacht werden konnte [10]).

Wahre **b. possessiones ex lege** ſind nur da vorhanden, wo auch die Ertheilung ſelbſt durch das Geſetz, nicht durch den Prätor, angeordnet iſt. Dergleichen finden wir durch die **lex Julia** und **Pap. Poppaea** beſtimmt, welche die Rechte des Patrons auf die Erbſchaft des Freigelaſſenen anders feſtſtellte, als

---

6) fr. 11. de suis et legit. fr. 1. §. 8. ad Sc. Tertull.

7) fr. un. §. 2. Ut ex legib. fr. 2. §. 4. fr. 3. unde legit.

8) fr. 2. §. 18. ad Sc. Tert.

9) Dieſe widerlegt von Löhr (Magazin III., 239), obgleich er anderswo die von ihm ſelbſt gezogene Gränze nicht einhält. S. oben Bd. I. S. 159. Not. 1.

10) ſ. auch den §. 84. Note 9. erwähnten auf einer Kaiſerconſtitution beruhenden Fall, den aber die Juriſten den übrigen Theilen der c. t. b. p. ganz gleich ſtellen, und worin auch nicht die Befugniß zur directen Erbittung einer b. p. liegt.

Digitized by Google

dies bisher durch den Prätor geschehen war [11]). Es war also doch nur die Ausbildung einer schon vorhandenen Prätorischen b. p., woran aber freilich durch das Civilrecht ganz neue Befugnisse geknüpft wurden.

Hier fand nun wirklich ein wahres Ineinanderfließen des civilen und Prätorischen Erbrechts Statt. Es ward in Beziehung auf die Agnition die Form des Prätorischen Rechts vorausgesetzt, aber materiell war es doch immer Civilrecht, und deßhalb mußte auch die **b. p. unde legitimi** daraus agnoscirt werden können [12]).

Aber die Fälle einer solchen Zusammenschmelzung — sind, wenn es auch vielleicht noch mehre gegeben hat, als wir wissen, doch jedenfalls im Ganzen immer sehr unbedeutend geblieben, was wir daraus sehen, daß die Regel des **successorium edictum**, eine einmalige Agnition vernichte alle weitere Delation, auf sie keine Anwendung fand [13]). Hierin liegt nämlich, daß das eigentliche **successorium edictum** mit allen darin befindlichen Klassen nie direct durch Civil-Gesetze seine weitere Ausbildung erlangt hat, denn sonst würden diese Ausbildungen als Theil des **successorium edictum** auch dessen allgemeinen Regeln unterworfen worden sein. Deßhalb eben setzte man die **b. p. ex legibus** als ganz anomale Fälle dem geschlossenen **successorium edictum**, als der **ordinaria b. p.** gegenüber [14]).

---

11) fr. 6. §. 1. de bon. poss. §. 2. I. de succ. libert. Ulp. XXIX. 5—7. — Ein anderer Fall, auf den v. Löhr a. a. O. S. 249. nach einer Bemerkung Hugos aufmerksam macht, und den auch Heimbach (Rechtslexikon II. S. 315) allein anführt, ist zweifelhaft. — In gewissem Sinn könnte man noch den Fall des fr. 2. §. 9. ad SC. Tertull. hieher zählen, wo durch ein Decret des Pius das SC. Tertullianum aufgehoben, und die alte b. p. unde cognati wiederhergestellt wird.

12) fr. 3. unde legit. — Quum vero etiam bon. possessionem dari jubet, tum ex illa parte, qua ex legibus, peti debere; sed et ex hac parte poterit.

13) fr. un. §. 1. Ut ex legib. — Nunquam b. p., quae ex alia parte edicti agnita est, impedit istam bonorum possessionem.

14) Ueberhaupt der Mangel der Quellen zeigt zur Genüge die geringe Bedeutung der b. p. ex legibus; denn wenn wir auch Justinian eine gewaltige Ausmerzung derselben zuschreiben wollten, was aber

Digitized by Google

§. 118. Die Kaiserzeit, in welcher das civile und Prätorische Erbrecht mit einander verschmolzen worden ist, hätte dazu das Mittel der **b. p. ex legibus** gebrauchen können. Die Kaiser hätten das ganze Civilrecht als **bon. possessiones ex legibus** in das Prätorische System hineintragen und anordnen können, daß auch die **heredes** absolut an die Prätorischen Agnitionsregeln, also an eine gerichtliche Antretung in bestimmter Frist gebunden sein sollten. Sie haben dies aber entschieden nicht gethan.

Dagegen könnte man nun umgekehrt meinen, die Verschmelzung beider Erbrechtssysteme sei in gerade entgegengesetzter Weise vor sich gegangen. Die **bonorum possessio** sei zu Civilrecht geworden, sie habe als ein von den **leges** und den Kaisern anerkanntes Institut, also insgesammt als **bon. possessio ex legibus**, ihre rein Prätorischen Bestandtheile abgestreift, und so sei denn das in der **b. p. ex legibus** liegende civile Residuum mit der **hereditas** identisch geworden.

Hierfür ließe sich zweierlei anführen. Es ist einestheils durch Hadrian das **edictum** zu einem **perpetuum** gemacht worden, und es ist freilich nicht zu läugnen, daß, mag man dies Ereigniß im Uebrigen ansehen, wie man will, seitdem das Prätorische Recht als etwas Feststehendes, practisch ebenso wie eine **lex, in perpetuum** Geltendes angesehen wurde. Nennt doch Ulpian das Edict über das Erbrecht der Cognaten geradezu eine **lex** [1]). Das Prätorische Recht unterschied sich also im Grunde nur noch historisch, nicht aber in der practischen Art der Geltung vom Civilrecht.

Dasselbe scheint nun auch aus den vielen Kaisergesetzen hervorzugehen, worin einzelne Prätorische Erbklassen ausdrücklich als geltendes Recht anerkannt, also als Civilrecht durch den Ausspruch des Kaisers constituirt sind. Soll man nun nicht also nach **l. 2. C. de b. p. sec. tab. l. 1. C. de b. p. contra tab. l. 1. C. unde liberi. l. 1. u. 5. C. unde legit. l. 1. C. unde vir et uxor.** überhaupt alle Klassen der **b. p.**

---

gar nicht wahrscheinlich ist, so würden wir doch in den Vorjustinianeischen Quellen mehr Spuren finden.

1) **fr. 1. §. 2. unde cogn.**

Digitized by Google

als **bonorum possessiones ex legibus**, also als Civilrecht auffassen können, welches durch die kaiserliche Anerkennung mit der **hereditas** verschmolzen worden ist?

Diese beiden Gründe sind an und für sich ganz richtig, aber sie beweisen durchaus nichts. Sie beweisen allerdings, daß man das Prätorische Recht, wenn man will, in einem neueren Sinn auch Civilrecht nennen kann, d. h. das Prätorische Recht erhielt, außer der Verbindlichkeit, die es schon immer in sich selbst gehabt hatte, noch die Anerkennung derer, welche durch ihre Aussprüche Civilrecht constituiren. Wir wollen es also einmal neueres Civilrecht nennen. Aber ist es denn damit schon mit dem alten Civilerbrecht, der **hereditas**, verschmolzen? Hadrians Perpetuirung und die vielen späteren Kaiserconstitutionen sagen ja nicht, daß die Prätorischen Erbklassen jetzt wie **heredes** in Bezug auf Delation und Acquisition behandelt werden sollen, so daß sie also die Erbschaft ohne Erscheinen vor dem Prätor in bestimmter Frist antreten könnten. Sondern indem die Prätorischen Klassen anerkannt werden, läßt man auch die bisher für sie bestehenden Prätorischen Regeln über Delation und Acquisition ganz unverändert bestehen.

Also wenn man auch sagen will, die **b. p.** sei jetzt Civilrecht geworden, so ist eben dem ganzen geschlossenen Systeme der **b. p.** dieser Charakter verliehen worden, und es unterscheidet sich daher von dem, was man bisher allein Civilerbrecht nannte, noch gerade so in Delation und Acquisition, wie bisher, als man es lediglich Prätorisches Edict hieß. Mit jenen Argumenten gelangen wir also lediglich zu einer Namensvertauschung, für eine innere Verschmelzung und Ausgleichung der beiden Erbrechtssysteme ist damit noch gar nichts gewonnen. —

Wir haben hiermit vorerst ein negatives Resultat. In der angegebenen Weise können wir das, worauf wir ausgehen, nicht finden, es bedarf zur Erreichung unseres Ziels tieferer Untersuchungen, zu denen wir nun übergehen.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Entstehung der hereditatis petitio possessoria.

§. 119. Wir müssen zunächst prüfen, welche Einwirkungen sich aus dem Untergange des **ordo judiciorum privatorum** für die **bonorum possessio** entwickeln lassen.

Um die Zeit des Diocletian wurde die regelmäßige Trennung des Verfahrens **in jure** und **in judicio** aufgehoben, und dadurch, wie bekannt, eine völlige Umgestaltung des Römischen Processes, sowie auch gar manche Veränderungen in der materiellen Natur der zum Schutz der Privatrechtsverhältnisse dienenden Rechtsmittel hervorgerufen, obgleich keineswegs zu glauben ist, daß darin eine gänzliche Revolution dieser letzteren enthalten sei [1]).

Wir haben dies Ereigniß nun mit der Natur der civilen und Prätorischen Erbrechtsklagen zusammenzuhalten, und zu untersuchen, ob etwa hiedurch in dem zwischen beiden bestehenden Verhältniß, wie es im ersten Bande dargestellt ist, eine wahre materielle Umgestaltung vor sich gegangen sei, so daß dem Untergange des **ordo judiciorum** im Erbrechte eine größere Wichtigkeit beizulegen wäre, als in manchen anderen Theilen des Civilrechts. Wir werden hiedurch, außer der Frage, was aus den früheren **fictitiae actiones** geworden sei, auf die Lehre von der **hereditatis petitio possessoria** ge-

1) Puchta Cursus der Instit. II. S. 245.

Digitized by Google

führt; einen Gegenstand, dessen große historische Schwierigkeiten man erst in neuerer Zeit erkannt hat, und über den denn auch die entgegengesetztesten Ansichten aufgestellt worden sind. Wir werden uns mit ihm in diesem Kapitel, wie schon die Ueberschrift sagt, vorzugsweise zu beschäftigen haben, während hinterdrein die **fictitiae actiones** anhangsweise sich sehr leicht werden erledigen lassen. Die ganze Frage über die **her. pet. poss.** macht aber ein ziemlich weitläuftiges Zurückgehen auf die Zeit der klassischen Juristen nöthig. Wenn wir auch hier schon eigentlich hinter dieser Zeit stehen, so wird ein Rückblick auf Früheres theils durch die Keime gerechtfertigt, an die wir das spätere Institut sich werden anknüpfen sehen, theils auch durch die Art und Weise, wie bisher diese Frage besprochen worden ist, so daß eine Widerlegung der Gegner aus dem früheren Rechte nicht wohl umgangen werden kann. —

Auf den Untergang des **ordo judiciorum privatorum** ist bisher für die Lehre der b. p. wenig Gewicht gelegt worden [2]), und man fand in früheren Zeiten in Beziehung auf die Rechtsmittel des **bonorum possessor** den Satz äußerst einfach und sich gleichsam von selbst verstehend, daß der Prätor, da er den **bon. possessor loco heredis** habe hinstellen wollen, ihm auch die Erbschaftsklage als **hereditatis petitio possessoria** geben mußte. Erst seitdem man versucht hat, den Ursprung der b. p. zu erforschen, sah man ein, daß dies Rechtsmittel wohl nicht gleich von Anfang an bestanden habe, und so findet sich denn fast bei allen verschiedenen Ansichten über die Entstehung unseres Institutes die gemeinsame Bemerkung, daß die ursprünglichen Rechtsmittel des **bonorum possessor** das **Int. quor. bon.** und die **fictitiae actiones** seien, und daß erst später der Prätor die **possessoria her. pet.** hinzugefügt habe.

Es bedarf nach den Entwicklungen des ersten Bandes keiner weiteren Ausführung, daß auch ich dies *spätere Hinzukommen* derselben für unzweifelhaft halte, aber damit erhebt

---

2) v. Löhr Magazin III. S. 336. hebt allerdings denselben hervor, findet aber umgekehrt, daß hiedurch die her. pet. possessoria und die civile her. pet., welche bisher einander gegenüber gestanden hätten, zusammengeschmolzen seien.

Digitized by Google

ſich denn die Frage, was die Gründe dieſer Ausbildung des Prätoriſchen Erbrechts geweſen ſeien, und in welche Zeit wir ſie zu ſetzen haben.

Savigny ſtellt die Sache folgendermaßen dar [3]): Seitdem das **in bonis** aufgekommen ſei, habe man dies auch dem **bon. possessor** eingeräumt, und dadurch ſeien **hereditas** und **bon. poss.** näher aneinander gerückt worden, ſo daß man ſich mehr und mehr daran gewöhnte, Letztere als ein der Erſteren gleichartiges Recht anzuſehen, und danach denn auch das eigenthümliche Rechtsmittel analogiſch auf die **b. p.** auszudehnen. Wahrſcheinlich ſei dies um die Zeit des Mark Aurel geſchehen [4]), da erſt durch dieſen die **b. p. sec. tab.** höher geſtellt worden wäre [5]), während ſie vorher ein ganz untergeordnetes und ſehr abhängiges Recht gegeben, und nur die **b. p. intestati** ſchon früher der **hereditas** ſehr nahe geſtanden habe.

Daß ich dieſe Auffaſſung nicht für richtig halten kann, geht aus den Unterſuchungen, welche ſchon an anderen Stellen ihren Platz gefunden haben, von ſelbſt hervor. Das **in bonis** iſt, wie ich im erſten Bande ausgeführt habe, ein Complex höchſt ungleichartiger Fälle, der durch den gemeinſamen von den Juriſten aufgeſtellten Begriff nur ſehr locker zuſammengehalten wird. Daß einer von dieſen Fällen (z. B. Tradition einer **res mancipi**), der Grund geweſen wäre, einen anderen Fall anders zu geſtalten, und alſo z. B. für den **bon. possessor** andere Klagen hervorzurufen, ſcheint mir eine unzuläſſige Annahme. Die **b. p.** iſt gerade der Fall, welcher ſich nach den Quellen in die älteſte Zeit hineinzieht. Mag man nun ſchon hier, ehe es noch andere Fälle gab, von einem **in bonis** geſprochen haben (ſo wie man vom **heres** ſagte, er ſei **in bonis**) [6]), oder nicht, jedenfalls kamen doch ſchon in der **b. p.** Fälle eines vollkommenen Geſchütztſeins im Haben einer Sache vor; aber ſie waren ſo eigenthümlicher Art, daß ſie weder den

---

3) Zeitſchr. f. geſch. R. W. S. 17 ff.

4) Jedenfalls könne es nicht ſpäter ſein, da die beiden Stellen in Tit. D. de her. pet. poss. von Gaius und Ulpian herrührten.

5) Savigny beruft ſich auf Gaius II. 119. 120.

6) ſ. Cic. ad div. 13. 30. Hugo R. G. 11. Aufl., S. 196. Note 8.

Digitized by Google

Anlaß noch das Vorbild abgeben konnte, um die Tradition einer **res manc.** ebenfalls einem vollkommnen Schutze zu unterwerfen. Darin liegt umgekehrt, daß, als man Letzteres that, daraus gar keine Rückwirkungen auf die **b. p.** hervorgehen konnten. Auch wenn der Name: **in bonis** erst später aufgekommen ist, so ist doch in der Sache dadurch Nichts geändert. Denn der Fälle wurden nicht mehr, wo der **b. possessor** dauernd im Besitze der Erbschaft geschützt worden wäre [7]), und da in den bisherigen Fällen schon vollkommener Schutz durch Klage und **exceptio** vorhanden war, so kann doch der Name nichts gemacht haben, um die **b. p.** der **hereditas** näher zu stellen, und sonach eine neue Klage, die **her. pet. possessor.** hervorzurufen. — Und was jene Verfügung des Mark Aurel betrifft, so ist es oben weiter entwickelt worden, daß durch sie keineswegs erst die **sec. tab. b. p.** wahre Kraft bekommen habe. Im Gegentheil hat die **b. p.** von Anfang an, sowohl **ab int.** als **ex test.** ein der **hereditas** gleichartiges Recht dargeboten, und danach müßte denn also die **her. pet. poss.** schon von Anfang an bestanden haben, was aber doch wieder unmöglich ist.

v. Löhr scheint indeß diese Unmöglichkeit noch gar nicht anzunehmen [8]). Da der Prätor dem **b. possessor fictitiae actiones** gegeben habe, so lasse sich gar nicht absehen, weßhalb er diese Fiction nicht auch bei der **her. pet.** zugelassen haben sollte, namentlich da ja auch der alte **pro herede** Usucapient die Erbschaftsklage gehabt, und der Prätor dem **bon. possessor** gerade die Befugniß der Usucapion gegeben habe. — Ich kann mich wohl im Widerspruch hiergegen lediglich auf die Erörterungen des ersten Bandes über die **fictitiae actiones** und das **Int. quor. b.**, sowie die **pro her. usuc.**, welche keineswegs als in der **b. p.** fortlebend zu denken ist, beziehen. —

Von der Schwierigkeit, die **poss. her. pet.** in dem älteren Systeme der **b. p.** zu rechtfertigen, überzeugt, hat nun Fabricius den Knoten zerhauen [9]), und die Ansicht aufgestellt, die ganze Klage sei erst eine Mißgeburt Justinians. Die

7) Man kann ja gar nicht allgemein sagen, jeder **bon. possessor** habe das **in bonis.**

8) Archiv. **XII.** S. 111. — Sein Magazin. **IV.** S. 418.

9) Rhein. Mus. **IV.** S. 178 ff. 209 ff. **Bon. Poss.** S. 200.

Digitized by Google

Compilatoren hätten, sei es aus Mißverständniß, sei es (was sich auch denken lasse) absichtlich, zwei Stellen des Gaius und Ulpian, die von den fictitiae actiones gesprochen, unter dem höchst unpassend erfundenen Titel: possessoria her. pet. zusammengestellt und danach interpolirt.

Diese Ansicht ist von den späteren Schriftstellern entschieden ungünstig aufgenommen [10]), und so viel ich weiß von Niemandem gebilligt worden; sehr natürlich, da die Gewaltsamkeit der Argumentation, wie sie von Fabricius angewandt wird, wahrlich nicht geeignet ist, Ueberzeugung hervorzurufen [11]). Gerade deßhalb ist die Reaction desto stärker gewesen, und man hat sich, indem man gewisse richtige Elemente in der Fabricius'schen Ansicht übersah, auf alle Weise bemüht, schon zur Zeit der klassischen Juristen das Bestehen dieser Klage zu rechtfertigen. Namentlich ist die Gegenbeweisführung von Arndts, der die Klage dem Julian zuschreibt, keineswegs glücklich zu nennen, während Huschke bei weitem scharfsinniger ihren Ursprung an gewisse allerdings bei den Pandekten-Juristen vorkommende Keime anknüpft. Was ich für das Richtige halte, soll nun entwickelt werden.

§. 120. Nach der Darstellung im ersten Bande setze ich Folgendes als feststehend voraus.

Das Erbrecht erfordert, wenn es vollkommen von dem Richter geschützt sein soll, seinem Begriffe nach Zweierlei. Es müssen die Klagen, die schon dem Erblasser zustanden (dingl. und persönl.), auch vom Erben angestellt, und die Sachen, die sich im Besitz des Erblassers bei seinem Tode fanden, insgesammt von ihm eingefordert werden können. Der Erbe muß dies Besitzesverhältniß, oder das Begründetsein jener Klagen,

---

10) Arndts Beiträge I. S. 50. Huschke in Richters Jahrb. 1839. I. S. 25. v. Löhr, Magaz. IV. S. 418. Mühlenbruch Pand. §. 712. Note 3. v. Vangerow Leitfaden II. S. 373. (§. 509.)

11) z. B. folgende Stelle bei Fabr.: „Diese todtgeborene Klage mitsammt ihrem monströsen Namen sei Nichts als eine Erfindung Justinians und seiner Gehülfen, welche diesen Wechselbalg, statt der in der Compilation unterschlagenen fictitiae actiones des bon. possessor, in das Röm. Recht eingeschwärzt haben."

Digitized by Google

und außerdem stets noch sein Erbrecht darthun. In einem gut geordneten positiven Recht kann man nun ziemlich mit gleichem Vortheil zwei Wege betreten; man kann ein einziges Rechtsmittel aufstellen, gestützt auf den Beweis des Erbeseins, worin denn gleichmäßig das Recht enthalten ist, sowohl die Sachen einzufordern, als die Klagen des Erblassers geltend zu machen. Oder man theilt diese beiden Klassen, und giebt für die Eine dem Erben die Einzelklagen, für die Andere eine Gesammtklage bloß auf die **corpora hereditaria.**

Dem ersteren Wege nähert sich das Civilrecht, aber es ist ihn nicht ganz gegangen. Die **her. pet.** geht auf die **corpora hereditaria** und auf die Einzelklagen des Erblassers, soweit sie **in personam** sind, dagegen die dinglichen Einzelklagen bestehen noch daneben. Der Grund dieser Singularität ist die **pro herede usucapio,** auf welche sich wohl die Schuldner, nicht aber die mit einer dinglichen schon dem Erblasser zustehenden Klage zu Belangenden berufen können (**nemo sibi causam possessionis mutare potest**).

Den zweiten Weg hat der Prätor, da er sich an die Singularitäten des Civilrechts hier nicht zu kehren brauchte, eingeschlagen, und danach scheiden sich die **fictitiae actiones** und das **Interdictum quorum bonorum.**

Hiernach beantwortet sich die Frage, ob es ein Bedürfniß war, daß der Prätor nun auch noch in seinem Systeme die **her. pet.** als **fictitia** gab, von selbst; und es erhellt zugleich, daß die Gründe, welche man bisher entweder für die Bejahung oder Verneinung angegeben hat, gleichmäßig unzulässig sind. Fabricius [1]) sagt, es sei gar kein Bedürfniß vorhanden gewesen, weil das **Int. quor. bon.** schon durchaus denselben Umfang hatte wie die **her. pet.** Da dies aber entschieden unrichtig ist, so schließen daraus seine Gegner, daß es mithin von Interesse war, dem **bon. possessor** noch die **her. pet.** zu geben. Denn nicht das **Int.**, wohl aber die **her. pet.** geht gegen die **debitores.** Damit wollen sie freilich nicht behaupten, daß also ohne diese **her. pet. poss.** der **bonor. possessor** die **debitores** nicht habe belangen können, denn er hatte ja die

1) Bon. poss. S. 200.

Digitized by Google

fictitiae actiones. Vielmehr soll es nur heißen, daß jetzt in einer Universalklage vereinigt werden konnte, was bisher in zwei Processe getrennt werden mußte.

Ich muß aber gestehen, daß ich nicht einsehen kann, welchen Vortheil dies gewährt habe. Allerdings ist es wichtig, sämmtliche **corpora hereditaria** mit einer Universalklage einfordern zu können, aber daß nun auch noch die Forderungen mit in das Gebiet derselben gezogen werden, hat doch jedenfalls nur in dem singulären Fall Bedeutung, wo der Besitzer der Erbschaft zugleich Schuldner des Erblassers ist [2]). Aber um dieses singulären Falles willen würden die Römer nie darauf gekommen sein, die **debitores hereditarii** mit in die **her. pet.** hineinzuziehen, denn sonst würde man auch die mit einer dinglichen Einzelklage zu Belangenden eben so behandelt haben. Ebensowenig kann dies denn auch der Grund gewesen sein, die **her. pet.** dem **bon. possessor** zu geben. Im Gegentheil bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Streit über die einzelne Forderung meist besser abgesondert werde von der Klage auf Herausgabe der **corpora**, weil in beiden Processen wesentlich verschiedene Streitpunkte vorhanden sind; und in Beziehung auf das bei Beiden Gemeinsame, nämlich den Beweis des klägerischen Erbrechts, konnte der Prätor leicht die wünschenswerthe Vereinfachung dadurch erreichen, daß er die Forderung an denselben **judex** verwies, an den auch der **exitus interdicti quor. bon.** kommen sollte.

Also wir können nicht annehmen, daß der Schutz, den der Prätor dem **bon. possessor** gegeben, mangelhaft gewesen, und daß ihm eben deßhalb die **her. pet. poss.** gewährt worden sei [3]), sondern umgekehrt die Rechtsmittel des **bon. pos-**

---

2) Denn wo dies nicht der Fall ist, da hat, abgesehen von der **pro her. us.**, die gegen den **debitor** angestellte **her. pet.** nur selten eine Verschiedenheit von der gegen ihn gerichteten Einzelklage, und jedenfalls keine, wo Erstere bessere Wirkungen hätte als Letztere. s. Bd. I. S. 314. Note 11. — fr. 13. §. 1. fr. 14. **de servo corr.**

3) Noch einen Punkt könnte man hier hervorheben (obgleich dies bisher noch nicht speciell geschehen ist), weßhalb die **her. pet. poss.** wegen Mangelhaftigkeit des **Int. quor. bon.** eingeführt worden wäre. Nämlich die **her. pet.** geht gegen den **qui liti se obtulit**, nicht

Digitized by Google

sessor sind das reine Erzeugniß dessen, was das Erbrecht zu seinem Schutze bedarf, ohne die Sonderbarkeiten der **her. pet.**, die freilich ihren vollkommenen Erklärungsgrund haben, aber wahrlich nicht der Mühe werth waren nachgeahmt zu werden.

Und wenn wir nun keine besonderen Vortheile finden, die dem **b. possessor** erst durch die **her. pet. poss.** gewährt worden wären, sollen wir etwa glauben, daß der Prätor nur um der Form willen sie eingeführt habe, damit soviel wie möglich der **bon. possessor** auch äußerlich dem **heres** gleich sähe? — Die **bon. poss.** ist von Anfang an eine Universalsuccession gewesen, hat also in dieser Hinsicht von jeher einen gleichen Begriff gehabt, wie die **hereditas**, und das ist genug. Im Uebrigen beide zu vermischen, ist nie die Absicht des Prätors gewesen, im Gegentheil stehen sich zur Zeit der klassischen Juristen noch, wie wir gesehen haben, beide Systeme in gewisser Weise gegenüber, und es ist ein Anachronismus für ihre Zeit das Bedürfniß der Ineinanderschmelzung vorauszusetzen, das allerdings in der späteren Kaiserzeit vorhanden war. —

Aber die Gegner behaupten, es seien deutliche Beweise vom Bestehen der **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen vorhanden. Allein ich kann nicht umhin, zu bemerken, daß das bisher in dieser Hinsicht Vorgebrachte mir in keiner Weise auch nur Wahrscheinlichkeit des Behaupteten zu enthalten scheint. Es bedarf dies einer genaueren Prüfung.

Daß Justinian die **her. pet. poss.** nicht erst gemacht habe, scheint mir freilich, wie wir alsbald sehen werden, völlig bewiesen werden zu können; vielleicht auch ist dieser Name schon für das bereits vor ihm bestehende Rechtsmittel gebräuchlich

---

aber das Interdict. s. Bd. I. S. 395. Aber Niemand wird doch wohl im Ernst meinen, daß um solcher Singularität willen dergleichen Weitläuftigkeiten gemacht wären, da man ja ganz einfach diesen Fall zu dem **qui dolo fecit, ut desineret possidere** in der Interdictsformel hinzufügen konnte, wenn man es passend gefunden hätte, daß der **bon. possessor** auch aus diesem Grunde eine Klage haben sollte. Gab es ja doch noch viele andere Klagen, bei denen man nie daran gedacht hat, dem **qui dolo desiit possidere** noch den **qui liti se obtulit** beizugesellen. Bd. I. S. 324. Note 17. fr. 68. §. 1. **pro socio.**

Digitized by Google

gewesen, und daß dieser Name ein ganz passender sei, kann man gerne zugeben [4]). Aber daß es Justinians Werk sei, wenn wir die **her. pet. poss.** in den Pandekten dem Gaius und Ulpian in den Mund gelegt finden, darüber können, glaube ich, vorurtheilsfreie Augen nicht zweifelhaft sein.

Es ist sonderbar, daß heutzutage, wo man so viel von Interpolationen der Compilatoren redet und vermuthet, man gerade hier, wo sie so völlig wahrscheinlich gemacht werden kann, sich so standhaft sie anzuerkennen weigert. Roßhirt trauert darüber, daß man den Justinian zum **falsarius** mache. Aber war es denn Justinians Absicht, eine Rechtsgeschichte zu publiciren, und war es sein Plan, etwa wegen der historischen Studien späterer Jahrhunderte die Fragmente der Juristen unverändert stehen zu lassen, so daß man allerdings den Rechtszustand früherer Zeiten, nicht aber das zu seiner Zeit Anwendbare daraus erkennen konnte? War es denn in der That Unrecht von Justinian, daß er, was erst in späterer Zeit sich gebildet hatte, und was aus dem Codex zu ersehen war, davon auch schon in den Pandekten Andeutungen gab, damit den Studirenden die Kenntniß davon nicht erst im fünften Jahre zukäme?

Wird doch kein Mensch es tadeln (ganz abgesehen von dem Titel **utrubi**), daß gleich durch die Ueberschrift des Titels **de legatis et fideicommissis** die Gleichstellung beider Lehren [5]) durch die: **de liberis et postumis** die Bestimmungen der **l. 4. C. de lib. praet.** angedeutet werden. Und so war es doch wahrlich der Mühe werth, gleich bei der **her. pet.** es hervorzuheben, daß diese jetzt auch dem **bon. possessor** zustehe. Diese Hervorhebung aber geschah nicht besser, als durch Aufstellung eines eigenen Titels [6]).

4) Fabricius lehnt sich gegen den Ausdruck possessorius auf, und meint auch in fr. 4. de Carb. ed. und fr. 50. § 2. de bon. libert. sei possessoriae actiones für fictitiae interpolirt. Dies paßt aber gar nicht, denn in jenen Stellen sind offenbar alle Klagen des bon. possessor, also auch das Int. quon. bon. gemeint.

5) fr. 1. de legat. I., wo Ulpian sagen soll „per omnia exaequata sunt legata fideicommissis“

6) Arndts meint, die Compilatoren würden sich dann wohl begnügt haben, die beiden Excerpte in den Titel de her. pet. einzuschieben. — Wie leicht konnte dadurch dieser wichtige Rechtssatz übersehen werden.

Digitized by Google

In diesem Titel stehen nun folgende zwei kurze Fragmente:

Ulpianus. l. XV. ad Ed. — Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas, rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est.

Gaius. l. VI. ad Ed. prov. — Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

„Hieraus geht, sagt Arndts, vorerst hervor, daß Gaius und Ulpian in Verbindung mit der **her. pet.** auch von der fraglichen Klage des **bon. poss.** gesprochen haben." Das ist es ja eben, was bezweifelt wird. Wir müßten also danach Alles in den Pandekten Stehende „vorerst" als historische Beweise gläubig annehmen. Wie weit weicht das von dem bekannten Hugoschen Prinzipe ab, an dessen Worte ich doch hier erinnern muß [7]):

„Die ergiebigste, aber auch unzuverlässigste Sammlung ist „die von Justinian, dessen Arbeiter so Vieles änderten, daß eine „geschichtliche Angabe, welche sich bloß auf eine einzelne Stelle „des Codex, oder auch auf Eine der Digesten gründet, eigentlich gar keinen sicheren Beweis für sich hat."

Jene erste Stelle des Ulpian hat freilich keine Spur der Interpolation, aber sie beweist auch für die **her. pet. poss.** nur, weil sie unter diesem Titel steht, d. h. gar Nichts. Sie zeigt bloß, daß der Prätor gleich bei der **her. pet.** von den Rechtsmitteln des **b. possessor** Erwähnung that, und so auch die Römischen Juristen. Das aber würden wir von selbst vermuthen können, auch wenn es nirgends gesagt würde. Welches nun diese Rechtsmittel seien, das wird nicht erwähnt, darauf führt erst die Stelle des Gaius, und darin haben wir gerade eins jener **unica**, von denen Hugo spricht. Sie ist nicht etwa von der Art, daß sie ein so gefügiges Ganze bildet, wie manche andere, bei denen man den Compilatoren den Geist der klas-

7) Rechts-Gesch. S. 26.

Digitized by Google

ſiſchen Jurisprudenz zutrauen müßte, wenn man ſie für interpolirt halten wollte [8]). Gaius hat hier offenbar denſelben Gedankengang wie Ulpian, er ſpricht hinter der **her. pet.** von den Rechtsmitteln des **bon. possessor**; er wird ſie doch wohl wahrſcheinlich Alle erwähnt haben, ſowie ja auch Paulus bei der **her. pet.** vom **Int. quor. bon.** ſpricht [9]). Und wenn nun Gaius etwa bloß geſagt hat: **Per quas actiones** (denn darunter konnte er auch das Interdict mitbegreifen) **tantundem consequitur etc.**, ſo war es doch wahrlich kein Heldenſtück, wenn die Compilatoren, um einen directen Zuſammenhang wenigſtens dieſer Stelle mit der Titelüberſchrift herauszubringen, dafür ſetzten: **per quam her. petitionem.** Und wenn die Juriſten dieſe **her. pet.** gekannt hätten, ſo würden ſie doch wohl etwas weiter z. B. ihr Verhältniß zum **Int. quor. bon.** beſprochen haben, und wie ſollten die Compilatoren dazu gekommen ſein, dergleichen noch zu ihrer Zeit praktiſche Regeln wegzulaſſen, und ſich ſtatt deſſen mit einer ſo dürftigen Stelle zu begnügen? —

Arndts argumentirt nun weiter gegen Fabricius, daß der Zuſammenhang der Stellen mit Nothwendigkeit eine Univerſalklage vorausſetze, welche dem **b. possessor** an dieſer Stelle auch im Edicte zugeſichert ſei. Fabricius nämlich behauptet hier hinter der **her. pet.** ſei nur von den **fictitiae actiones** (activ und paſſiv) des **bon. possessor** im Edikte die Rede geweſen. Arndts „will nicht läugnen," daß dieſe hier aufgeführt worden [10]), aber es müſſe auch von einer Univerſalklage des

---

8) ſ. z. B. Bd. I. S. 348 zu Note 12.

9) fr. 2. quor. bon. (Paul. lib. XX. ad Ed.)

10) Er ſtellt es aber doch gleich wieder in Zweifel (S. 56), weil die **fictitiae actiones** eigentlich das Verhältniß der Erbfolge ſelbſt beträfen, welche dem b. possessor durch das Prätoriſche Edict gewährt wird; alſo an einen anderen Ort gehörten, der in den Pandekten im 37. Buche excerpirt iſt. — Aber es iſt ja die Eigenthümlichkeit der Römer, daß ſie die Klagen aus dem Erbrecht von der Frage über die ſubjective Erbberechtigung trennen; und ſo iſt es ganz natürlich, daß der Prätor bei der **her. pet.** gleich erwähnt, daß er ſeine **bonorum possessores** praktiſch auch den Erben gleich behandelt. Hierzu gehört aber nicht weſentlich das **Int. quor. bon.**

Digitized by Google

bon. possessor die Rede sein, denn diese sei doch unter den **civiles actiones heredibus propositae** gemeint, und nun werde vom **bon. possessor** gesagt, er solle **tantundem consequi.**

Erstlich daß dieser Ausdruck **civiles actiones hered. prop.** nur die Universalklagen des Erben bedeute, ist durchaus nicht nöthig; denn auch von den einzelnen auf den Erben übergehenden Klagen des Erblassers, ist und mußte bei der **her. pet.** die Rede sein [11]), und Ulpian kann sie vollkommen in jenen Worten mitgemeint haben. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß nur aus diesem Grunde der Pluralis gerechtfertigt werden könne. Ulpian kann sich auch die Universalklage des Erben, wie Arndts mit Recht bemerkt, als **her. pet. ex asse** und **pro parte**, oder besser wohl als wahre **her. pet.** und als **querela inoff.** in der Mehrzahl gedacht haben.

Nichtsdestoweniger bleibt schon die Voraussetzung, daß hier unter den **actiones her. prop.** nur die Universalklagen gemeint seien, gänzlich unerwiesen, noch mehr aber nun die Schlußfolgerung, daß deßhalb auch von einer Universalklage des **bon. poss.** die Rede sein müsse. Ebenso wie Ulpian in den Fragmenten (s. die vorletzte Note), um das Wesen der **bon. poss.** als Universalsuccession zu bezeichnen [12]), lediglich die **fictitiae actiones** aufführt, so kann dies doch auch im Edict geschehen sein, und weiter sagt ja auch Ulpian in jenen Pandektenstellen Nichts, als daß der Prätor nach den Klagen für die **heredes** angebe, durch welche Rechtsmittel er die **bonorum possessores velut heredes facit**, d. h. sie

---

denn es kann Fälle geben, wo dies gar nicht vorkommt, wohl aber die **fictitiae actiones**. (s. Bd. I. 398). Gerade so stellt Ulpian **XXVIII. 12.** die Sache dar, der, um das Wesen der b. p., das **heredis loco constitui**, zu bezeichnen, auch nur die **fictitiae actiones** erwähnt.

11) **fr. 19. §. 1. u. 3. de her. pet.**

12) Arndts scheint die Idee vorgeschwebt zu haben, daß zum Begriff einer Universalsuccession auch nothwendig der einer Universalklage gehöre. Wie wenig aber daraus ein Bestehen der her. pet. poss. neben dem Int. quor. bon gerechtfertigt werden kann, brauche ich nach meinen bisherigen Erörterungen wohl nicht weiter auseinanderzusetzen.

Digitized by Google

zu Universalsuccessoren macht. Wenn daraus mit Nothwendigkeit folgen soll, daß der **bon. possessor** auch eine Universalklage haben müsse, so folgt dann auch ebenso mit Nothwendigkeit, daß derselbe Ulpian in jener Stelle seiner Fragmente[13]) einen völligen Fehler mache, und auf einen ganz falschen Grund seinen Satz gestützt habe, daß der **b. p. heredis loco constituitur.**

Es ist sehr natürlich, daß wenn im Edict bloß von den **fictitiae actiones** die Rede war, gerade weil in ihnen das Wesen der Universalsuccession liegt, und weil man das **Int. quor. bon.** nicht aus der Gesammtlehre von den Interdicten trennen wollte, — die Commentatoren des Edicts hier auch schon des **Int. quor. bon.** kurz Erwähnung thaten, um gleich eine Uebersicht über alle Rechtsmittel des **bon. possessor** zu geben, und daraus den Schluß zu ziehn, daß der Letztere eben so geschützt war, als der **heres.** Diesen Gedanken drückt nun eben entschieden Gaius aus in jenen Worten: **tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.**

Man kann unter diesen **superiores civ. act.** durchaus mit Arndts, auch die **her. pet.** verstehen[14]) (also ebenso wie Ulpian die **civiles actiones heredibus propositae** nimmt),

---

13) Hi quibus ex successorio edicto b. p. datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur. — Arndts meint, es wäre unpassend, bei der her. pet. auch zugleich die Klagen zu erwähnen, die gegen den b. possessor angestellt werden. Aber Ulpian in fr. 1. de her. pet. poss sagt ja, der Prätor gebe an, in wie weit er den b. possessor velut heredem facit, also daß er ihn zum Universalsuccessor mache, und dazu gehört auch wesentlich die passive Seite. Gerade so stellt auch Ulpian die activen und passiven fict. act. in jenen Worten zusammen. Und was ist denn auch natürlicher! Durch die Zusammenstellung Beider war Alles gleich sehr einfach erklärt, durch eine Verweisung der passiven fict. act. an einen anderen Ort wären nur unnütze Weitläuftigkeiten hervorgerufen.

14) Auch das superiores mit Fabricius für interpolirt zu nehmen, ist kein Grund vorhanden.

Digitized by Google

aber daß nun die **her. pet. poss.** dem **b. possess.** zustehe, das kann aus Gaius Worten nur eben wieder durch Hinzuziehung der zweifelhaften Worte: **per quam hereditatis petitionem** gefolgert werden. Im Gegentheil, die Worte des Gaius: **tantundem consequitur** gewinnen erst nach unserer Auffassung eine vernünftige Stellung. Wenn er vorher gesagt hätte, die **her. pet.** werde als **utilis** oder **fictitia** dem **b. possessor** gegeben, so verstand sich der Satz, daß er nun auch ebenso viel (**tantundem**) damit erlange, so sehr von selbst, daß ein Römischer Jurist keine solche Trivialität hinzugesetzt haben würde. Das **tantundem consequi** deutet gerade auf Klagen, die eine andere juristische Fassung haben, mit denen aber dasselbe praktische Resultat erreicht wird, als durch die civilen Klagen des **heres.** —

Den „sprechendsten Beweis" will Arndts für die Richtigkeit seiner Ansicht in **fr. 1. de rei vind.** finden. Ulpian sagt hier: **post actiones, quae de universitate propositae sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.** Also es sei hier von wahren Klagen **de universitate** die Rede. „Es könne also keinen Zweifel leiden," daß vorher nicht bloß von der **her. pet.** des **heres**, sondern auch des **bon. possessor** die Rede gewesen sein muß. Dieser Widerspruch mit dem, was Arndts eben vorher gesagt hat, ist auffallend. Vorher sucht er darzuthun, daß in **fr. 1. de her. pet. poss.** die **actiones heredibus propositae** nicht, wie Fabricius meint, von den Einzelklagen, sondern von mehren Universalklagen zu verstehen seien, und er führt selbst die **querela inoff.** und die eigentliche **her. pet.**, oder die **her. pet. ex asse** und **pro parte** an. Jetzt sollen diese auf einmal wieder zu einer einzigen werden, und der Pluralis in **fr. 1. de rei vind.** soll beweisen, daß außer dieser **her. pet.** noch von der des **bon. possessor** die Rede gewesen sein müsse!

§. 121. Die Argumentation im vorhergehenden §. ruht auf den beiden Sätzen, daß die **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen weder aus einem praktischen Bedürfniß, noch aus den beiden Stellen des Titels **de her. pet. poss.** gerechtfertigt werden könne. Außerdem sind noch zwei Stellen an-

Digitized by Google

geführt worden [1]), aus denen ihr Beſtehen hervorgehen ſoll, nämlich fr. 13. pr. de b. p. c. t. und fr. 3. §. 13. de Carb. ed. In erſterer iſt allerdings vom **hereditatem petere** des **bon. possessor** die Rede. Allein, das iſt die Frage, wie ſollten die Römer es wohl ausdrücken, wenn ſie ganz im Allgemeinen ſagen wollten: „die Erbſchaft einfordern"? Der angegebene Ausdruck bot ſich, namentlich in Fällen, wo von einem dauernden Behalten der Erbſchaft die Rede war (**b. p. cum re**), von ſelbſt dar, ohne daß damit die techniſch ſogenannte **hereditatis petitio possessoria** gemeint wäre. Wer an die Art und Weiſe der Römiſchen Terminologie denkt [2]), dem wird es nicht im Geringſten bedenklich ſcheinen, hier das **hereditatem petere** in einem allgemeineren Sinn für Einforderung der Erbſchaft zu nehmen, da ein anderer dies bedeutender Ausdruck den Römern nicht zu Gebote ſtand. Dies läßt ſich mit Sicherheit aus l. 1. C. **quor. bon.** beweiſen, welche die Gegner auch hätten anführen können, indem hier von einem **bon. possessor** der Ausdruck **hereditatem petiturus** gebraucht wird, und zwar von Septimius Severus, alſo noch ganz zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten. In dieſer Stelle wird aber auch zugleich ein ſpecielles Rechtsmittel angeführt, welches im Anfange mit dem allgemeinen Ausdruck **hereditatem petiturus** bezeichnet war, und dies iſt das **Int. quor. bon.** [3]).

---

1) Die eine von Arndts, die andere von Mühlenbruch a. a. O. — Das fr. 3. § 13. de Carb. ed. fällt nach dem im §. 80. Note 17. Geſagten jedenfalls hinweg. Dagegen hätte man ſich aber noch außer dem fr. 13. pr. cit. auf fr. 5. §. 1. de his, quae ut indign. berufen müſſen.

2) Sonſt müßte man auch ſagen, wenn es z. B. heißt: servitus debetur, hier werde an einen Debitor gedacht. fr. 13. §. 2. fr. 23. §. 3. de serv. pr. rust.

3) S. übrigens die weitere Erklärung dieſer Stelle. Bd. I. S. 389. — Daß das fr. 13. pr. cit. nicht zum Beweiſe einer dem c. t. b. possessor zuſtehenden her. pet. benutzt werden könne, geht auch namentlich noch aus Folgendem hervor. Wenn der Emancipirte, der c. t. agnoscirt, nicht conferiren will, ſo werden ihm, wie die Römer gewöhnlich ſagen, die actiones denegirt. Dies iſt aber identiſch mit dem Ausdruck: transferenda ab eo est possessio; das könnte der

Digitized by Google

Danach kann denn auch das **fr. 13. de b. p. c. t.** (von Julian) nicht mit Arndts dazu gebraucht werden, um gerade dem Julian bei seiner neuen Redaction des Edicts die mit Rücksicht auf das s. g. **SC. Juventianum** vorgenommene Aufstellung der fraglichen Klage zuzuschreiben, — eine Behauptung, der auch übrigens keine weiteren Gründe hinzugefügt sind. —

Auf das Bestehen der **her. pet. poss.** will nun aber Arndts noch aus der Zusammenhaltung mit anderen ähnlichen Fällen schließen, nämlich aus der Universalsuccession des Fiscus und des Universalfideicommissars. Aber in Beziehung auf das Erstere führt er gerade selbst sehr richtig aus, daß darin keine Prätorische Succession zu finden sei [4]); es ist eine eigenthümliche gesetzliche Succession, von der es deßhalb gar nicht Wunder nehmen kann, daß hier auch ganz die civilrechtliche **her. pet.** eintrat, sowie daß umgekehrt von ihr auch wieder Rückwirkungen auf das Rechtsmittel des **heres** Statt fanden, wie das bei dem s. g. **SC. Juventianum** der Fall ist. Wie nun daraus folgen soll, daß es dem Prätor nicht erlaubt gewesen wäre, für seine Universalsuccessoren die Rechtsmittel in anderer Weise nach bestem Ermessen zu reguliren, vermag ich nicht einzusehen.

Dieser Unterschied zwischen Prätorischen Universalsuccessionen, und denen, welche man zu den civilrechtlichen rechnete, sieht man recht klar noch aus Folgendem. Die **bonorum sectio** und **venditio** war ein Prätorisches Institut, und durch Klagen geschützt, die ganz denen des **bonorum possessor** analog sind; namentlich findet sich, wenn der Staat verkauft, ein dem **Int. quor. bon.** ganz ähnliches **Int. sectorium** [5]). Nun wurde später dem Aerarium durch die Augusteischen Gesetze ein Recht auf die **bona vacantia etc.** gegeben, man ließ hier das

---

Jurist doch unmöglich sagen (**fr. 2. §. 9. de collat.**), wenn unter jenen **actiones** auch die petitorische Erbschaftsklage begriffen wurde.

4) a. a. O. S. 60. Note 105.

5) **Gaius IV. 146.** — Ganz der b. p. analog wird auch die **addictio libertatis conservandae causa** behandelt. **fr. 4. §. 21. de fideic. libert.**

Digitized by Google

Aerar als Universalsuccessor gelten [6]), und ebenso auch den, der die **bona** von ihm kaufte. Für diesen Käufer nun zeigt sich der Unterschied, denn da der Fiscus durch **leges** zum Universalsuccessor wird, so steht ihm die **hereditatis petitio** zu, und diese gilt denn auch als auf den Käufer übertragen, während für den **bonorum sector** ganz das bisherige Prätorische Recht bestehen bleibt, das freilich auch eine wahre Universalsuccession gewährt, aber mit formell anderen Rechtsmitteln [7]). Dies zeigt:

> **fr. 54. de her. pet. (Julianus). — Ei qui partes hereditarias vel totam a fisco mercatus fuerit, non est iniquum dari actionem, per quam universa bona persequatur.**

Arndts schreibt die Gewährung dieser **utilis her. pet.** auch erst dem Julian zu, während bisher dem Käufer nur das **sectorium Interd.** zugestanden habe. Und auf diese Weise sucht er jene mit der Entstehung der **her. pet. possess.** zu verbinden. Aber einen beweisenden Grund hierfür wüßte ich nicht, wogegen mir jene Argumentation, daß die **her. pet.** dem Fiscus in Folge der **lex Julia** gegeben und danach auch **utiliter** auf den Käufer übertragen wurde, sehr nahe zu liegen scheint [8]).

Auf gleicher Stufe mit dem Erbschaftskäufer vom Fiscus steht nun offenbar der des **SCtum Trebellianum**, wie wir dies sogleich aus jenem **fr. 54. cit.** ersehen, das folgendermaßen fortfährt:

> **quemadmodum is cui ex Trebelliano senatusconsulto hereditas restituta est, petitio hereditatis datur.**

Man kann dies freilich eine Prätorische Universalsuccession

6) Ich nehme dies nach v. Schröters Abhandlung (Zeitschr. für Civ. und Proc. X. Nr. 3.) als richtig an.

7) v. Schröter nimmt ebenfalls bereits an (S. 134.), daß beide Fälle von einander in den Rechtsmitteln zu trennen sind. Aehnlich auch Arndts S. 59. Note 101. — Entgegengesetzt sind Blume, Rhein. Mus. IV. S. 218. und Bethmann-Hollweg Handbuch I. S. 312.

8) Es dünkt mir sehr zweifelhaft, ob hier der Käufer auch das **Interd. sectorium** gehabt habe, was doch für ganz andere Fälle eingeführt worden war.

Digitized by Google

nennen [9]), denn im Prätorischen Edicte sind die Rechtsmittel des Fideicommissars regulirt worden, aber das SCtum war doch der Grund, daß der Fideicommissar als Universalsuccessor angesehen wurde, der Prätor konnte hier also nicht selbständig in der Aufstellung der Rechtsmittel verfahren, er durfte nur nach der Vorschrift des SCtum die Klagen in seinem Edicte normiren [10]). Deßhalb hat der Prätor hier nie daran gedacht, wie auch wohl in jenem Falle des Erbschaftsverkaufs ein Interd. adipisc. possess. zu geben. Aber da es durch Civilrecht vorgeschrieben ist, daß die Rechte des heres auf einen Anderen übergehen sollen, so muß darunter auch die her. pet. als utilis begriffen sein. Die Römischen Juristen reduciren dies entschieden, nicht auf den Prätor, weil dieser die utiles act. im Edicte proponirt habe, sondern direkt auf das SCt., wodurch der Uebergang sämmtlicher Klagen vorgeschrieben sei (ex quo actiones transeunt) [11]).

Die utiles actiones ex SCto sind also, wenn auch äußerlich leicht mit den fictitiae des bon. possessor zu verwechseln, dennoch innerlich vollkommen davon verschieden. Durch jene soll ein Anderer an die Stelle des heres treten, deßhalb müssen die Klagen passiv gegen ihn gerade wie gegen den heres gegeben werden, umgekehrt muß er aber auch ganz die Klagen des heres, also nicht bloß die Einzelklagen, sondern auch die her. pet. als utiles haben. Ebenso ist es mit dem Käufer

---

9) fr. 2. §. 19. pro emtore. fr. 24. fam. herc.

10) Gaius II. 253. Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas, ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae jure civili heredi et in heredem competerent, (ei) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas; post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi; praetor enim utiles ei et in eum qui recepit hereditatem quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

11) fr. 1. de fideic. her. pet. — Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his quibus restituta est hereditas. Nam quisquis susceperit restitutam hereditatem ex senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.

der **bona vacantia**, der praktisch ganz an die Stelle des **fiscus** tritt, durch activ und passiv **utiles actiones**. Der **bonorum possessor** aber wird vom Prätor gar nicht an die Stelle des Universalsuccessor, sondern direkt an die des Verstorbenen gesetzt, er ist selbst **fictus heres**; also seine Rechtsmittel sind nicht, wie bei einer mittelbaren Universalsuccession, aus der Person des **heres** abgeleitet, sondern der **bon. possessor** ist selbst unmittelbarer Universalsuccessor. Deßhalb regulirt nun hier der Prätor seine Rechtsmittel selbständig, deßhalb stehen hier unter den activen **fictitiae actiones** nur die, welche schon der Erblasser anstellen konnte, nicht auch die **her. pet.**, welche ja kein Erblasser haben kann, sondern anstatt dieser wird ein selbständiges Rechtsmittel, das **Int. quor. bon.** gegeben.

Von der anderen Seite ist dies nun auch wieder völlig verschieden von der Art, wie der Fiscus **bona caduca** vindicirt. Sein Recht stützt sich auf eine **lex**, also er ist Civilerbe, und muß in Folge dessen die **her. pet.** haben. *Nun ist* es freilich sehr natürlich, daß die Römer auch in der Terminologie die Erben des alten Civilrechts noch genau von ihm trennen, sie begreifen ihn im Gegensatz von **heredes** unter dem allgemeinen Ausdruck: **justus successor** [12]). Aber eben so gut trennen sie ihn auch vom **bonorum possessor**. Alle Prätorischen Universalsuccessoren sind fingirte **heredes**, und dazu wird man den Fiscus doch nicht rechnen wollen. Er hat die **her. pet.** kraft civilen Rechts und nicht als mittelbarer Universalsuccessor, aber wenn auch die Römer ihn in strenger Terminologie den **heredes** entgegensetzen, und sie seine Klage nicht **her. pet.** nennen [12 a]), so bezeichnen sie sie doch an unzähligen Orten mit dem allgemeineren Namen **vindicatio**. Darin liegt gerade, daß die Klage nicht eine **utilis her. pet.** ist [13]),

---

12) Gai. III. 78. fr. 14. §. 17. de religios. fr. 20. §. 13. de her. pet.

12 a) Namentlich auch deßhalb, weil sie ein extraordinarium judicium vor Fiscalbeamten war.

13) So faßt es v. Schröter S. 137. und Arndts S. 60. auf. Zeitschrift f. Civ. u. Proc. XIX. S. 27. Note 3.

Digitized by Google

denn es kommt nie **utilis vindicatio** vor, sie hat ganz die praktische Bedeutung der **her. pet.**, nur will man gleich im Namen sie von dem Rechtsmittel der wahren **heredes** trennen, und auf das eigenthümliche Recht der **lex Jul.** und **Pap. Popp.** aufmerksam machen. Wir müssen also das civile Recht des Fiscus [14]) völlig von den Prätorischen Universalsuccessionen trennen, und können darin nicht irre werden, wenn die Antretung dieses Rechts des Fiscus in den Quellen Agnition genannt wird [15]), denn daß damit keine Agnition der **b. p.** gemeint sei, giebt auch v. Schröter zu. Und wenn sich v. Schröter noch auf die **b. p. quibus ex legibus** als ein Beispiel einer aus civiler Rechtsquelle hervorgegangenen Prätorischen Universalsuccession beruft, so ist dagegen zu bemerken, daß hier gerade nach Vorschrift des Gesetzes der civile Rechtssatz in die schon bestehende Prätorische Form gekleidet wird, und der Grund hievon eben nur die singuläre gesetzliche Bestimmung ist, daß aber daraus noch nicht folgt, der Prätor könne auch da, wo das Civilrecht lediglich eine Universalsuccession einführt, sich ihrer gleich bemächtigen und sie nach Belieben gestalten. Vielmehr muß er sie als Civilrecht anerkennen, und hat nur in Folge seiner Jurisdiction die Pflicht, die Klagen nach dem Sinne des Gesetzes, nicht aber wie wenn er selbst der Urheber des Rechtssatzes wäre, zu normiren.

Hiermit glaube ich bewiesen zu haben, daß für das Bestehen einer allgemeinen **her. pet. possessoria** zur Zeit der klassischen Juristen keine haltbaren Gründe und glaubhaften Quellenzeugnisse vorhanden sind. Ich habe nur noch Folgendes hinzuzufügen.

Das Wesen der **b. p.** ruht auf der Fiction des **heres-**

---

14) Und so auch der mancher anderer Personen, die im neueren Recht Erbansprüche bekamen. v. Schröter S. 94.

15) z. B. fr. 6. §. 3. ad SC. Treb. so auch hereditatem agnoscere, bona admittere fr. 4. §. 17. u. 19. de fideic. libert. — Uebrigens kommt das hereditatem agnoscere auch sonst vor. fr. 17. ex quib. caus. major. fr. 58. solut. matrim.

Digitized by Google

Seins, wenn es eine **her. pet. poss.** gegeben hätte, so müßte sie darauf von den Röm. Juristen gebaut worden sein. Nun aber scheint es mir völlig entscheidend, daß Beide, Gaius und Ulpian, in den ächten Werken, die wir von ihnen besitzen, gar Nichts von ihr erwähnen. Nicht etwa, weil sie überhaupt diese Lehren übergingen (denn dann wäre ihr Schweigen von keiner Beweiskraft), sondern gerade weil Beide das Grundwesen der **b. p.** entschieden in die Fiction stellen, — Ulpian (**XXVIII. 12.**) noch unzweideutiger als Gaius (**IV. 34.**), — weil sie eben aus diesem Grunde die dem **bon. possessor** zustehenden **fictitiae actiones** ableiten, und nun nicht allein die **her. pet.** nicht erwähnen, sondern es nach der Construction derselben völlig unmöglich ist, Letztere darunter zu begreifen. Der **b. possessor** soll so gestellt werden, als wenn er sich unmittelbar an den **defunctus** anschlösse, nun aber sagt Gaius:

> **neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum (esse, neque id quod defuncto debebatur potest intendere (dari sib) i oportere, itaque ficto se herede intendit;**

also die Fiction wird so eingerichtet, daß es praktisch doch so herauskommt, als wenn er die **intentio ex persona defuncti** hernehme, und daher muß man nothwendig zu Widersinn gelangen, wenn man die Formeln dieser Fictionen zur Construction einer **fictitia hereditatis petitio** gebrauchen will [16]), denn dies ist eine Klage, wobei man die **intentio** aus der Person des **heres** hernehmen müßte. Nun aber ist die **b. p.** ein Institut, bei dem man nicht sich den **heres** als vorhanden und den **bonorum possessor** von diesem sein Recht ableitend denkt,

---

16) s. Bd. I. S. 303. Note 5. — Die Fiction mußte, wenn man sich überhaupt die her. pet. poss. denkbar machen will, ganz objectiv gefaßt sein, „wenn der Prätor Civilrecht machen könnte" (si Praetor b. possessione data heredem faceret). Dergleichen werden wir freilich in einem besonderen Falle anzunehmen gezwungen (s. §. 122. Note 11.), es war bei der querela inoff. eine Nothwendigkeit, weil vor den Centumvirn durch legis actio, also mit einer in jus conc. formula processirt wurde; aber daß dies weiter ausgedehnt worden sei, dafür bestand weder eine Nothwendigkeit, noch finden wir davon in den Quellen irgend eine Andeutung.

Digitized by Google

sondern umgekehrt, man nimmt den **heres** als nicht vorhanden an, und gerade deßhalb stellt der Prätor kraft seines Imperiums einen Universalsuccessor auf. Darum kann er nun auch seinem **bonor. possessor** die Einforderung der **corpora hereditaria**, wozu dem **heres** die **her. pet.** dient, nur durch ein Rechtsmittel gewähren, das direkt auf dies **imperium** basirt ist, und gerade darum mußte es ein Interdict werden.

Dies däucht mich der innere Grund, wie er mit Nothwendigkeit aus allen Ecken der **b. p.** hervorleuchtet, und um dessentwillen es mir eine Unmöglichkeit scheint, an eine **her. pet. poss.** zu denken, so lange die Juristen da waren, um als sorgsame Wächter das Wesen des Instituts zu hüten. Es ist eigenthümlich, daß gerade Arndts dem nahe kommt, indem er eingesteht, daß so, wie die **fictitiae actiones**, die **her. pet. poss.** nicht concipirt sein konnte, während Fabricius [17]) seine ganze Ansicht gleich dadurch wieder über den Haufen wirft, daß er „gar nicht läugnen will, der **bon. possessor** habe vermöge der **fictitiae actiones** auch die **her. petitio**, **ficto se herede** anstellen können." Er weiß das nur so hinwegzuräumen, daß diese Fiction nicht nöthig war, indem er schon im Interdict eine ganz auf dasselbe gerichtete direkte Klage hätte. Da aber, wie wir gesehen haben, das Interdict durchaus nicht auf dasselbe gerichtet war, wie die **her. pet.**, so wäre damit gerade, nach Fabricius, das Bestehen der **her. pet. poss.** bewiesen.

§. 122. Ich schreite jetzt zu der positiven Untersuchung, woraus und wann dies fragliche Rechtsmittel entstanden sei? Ebenso wie sich z. B. für den Untergang des **ordo judiciorum** selbst schon lange vorher, zur Zeit der klassischen Juristen, die Keime auffinden lassen, so ist das auch vielleicht hier möglich?

In der That sind dergleichen Keime vorhanden, und den Römischen Juristen bekannt, ohne daß aber daraus auf das Bestehen der allgemeinen **her. pet. possessoria** geschlossen werden könnte. Auf den einen derselben macht schon Huschke aufmerksam.

---

17) Rhein. Mus. IV. S. 179.

Digitized by Google

Es war erst durch den Prätor der Begriff aufgekommen, daß auch die bloße Cognation ein Recht auf das Vermögen des Verstorbenen gewähre. Der Prätor hatte damit etwas hervorgerufen, was der Geist der Zeit gegen das Ende der Republik mit Lebhaftigkeit ergriff. Das alte Agnatenrecht paßte nicht mehr als alleiniges das Intestaterbrecht beherrschende Princip. Das alte Recht hatte kein Bedürfniß gehabt, den Ascendenten ein besonderes Erbrecht zu verleihen, denn entweder war das Kind in väterlicher Gewalt und hatte kein Vermögen, oder der Vater war todt und die Mutter beerbte ihr Kind, bei der in älterer Zeit durchaus vorherrschenden Ehe mit **manus**, als **consanguinea**. Aber im Lauf der Zeiten, als die Emancipationen häufiger, die strengen Ehen seltener wurden, kamen der Fälle immer mehr vor, wo das Kind weder Vater noch Mutter, und wieder Letztere nicht ihr Kind beerben konnten. Durch den Prätor wurden (abgesehen von den besonderen Rechten der Emancipirten) allgemein alle Descendenten und Ascendenten (**parentes et liberi**) als Cognaten zur Erbschaft gerufen, und überhaupt noch vor den übrigen Cognaten besonders begünstigt, wie namentlich durch die längere Agnitionsfrist von einem Jahr, und durch das Recht auf die Legate bei der **c. t. b. p.** Letzteres hängt nun genau mit einem anderen Institute zusammen. Nachdem man einmal allgemein ein Intestaterbrecht der Cognaten auf die Erbschaft anerkannt hatte, fand man es passend, diese gleichsam erste Klasse der **parentes et liberi** noch besonders zu bevorzugen, indem man ihr Intestaterbrecht als ein absolutes, auch durch ein Testament des Erblassers nicht zu elidirendes m. a. W. als Notherbenrecht anerkannte. Dieser Satz hat zur Grundlage die allgemeine Volksansicht von den Pietätspflichten der nächsten Verwandten, das praktische Organ seiner Realisirung wurde der Centumviralgerichtshof. Es ist nach den Quellen klar, daß der Kreis der **parentes et liberi** das eigentliche Gebiet der **querela inoff. testamenti** ist. Ueber die weiteren Gränzen mögen Meinungsverschiedenheiten gewesen sein, bis sich die Praxis des Gerichtshofes auch noch für Zulassung der Geschwister entschied [1]).

1) fr. 1. de inoff. test. — Sciendum est, frequentes esse inoffi-

Digitized by Google

Jenes Edict des Prätors **de legatis praestandis** ist offenbar, wie oben schon bemerkt wurde, die Berücksichtigung dieses Notherbrechtes, indem nothwendig den nächsten Verwandten das bewahrt werden muß, ohne dessen Hinterlassung sie das Testament umstoßen könnten. Gerade die Beschränkung dieses Edictes auf die **par. et lib.** zeigt, daß darauf auch ursprünglich die **querela** beschränkt gewesen sein mag, oder wenigstens das Recht der Geschwister noch keine sichere Anerkennung erlangt hatte.

Das Rechtsmittel, womit nun dieses Notherbenrecht geltend gemacht wird, die **querela inoff. testamenti**, dient, so sehr man auch im Einzelnen über ihre juristische Gestalt verschiedener Ansicht ist, jedenfalls dazu, das Intestaterbrecht mittelst Rescission des Testamentes zur Anerkennung zu bringen. Dies Intestaterbrecht ist entweder civiles oder Prätorisches. Da jenes durch formlose **her. aditio** angetreten werden kann, so genügt es auch hier in gewisser Weise erklärt zu haben, daß man sein Notherbenrecht geltend machen wolle, um es als erworben und auf die Erben transmittirbar anzusehen. Ist es dagegen Prätorisches Intestaterbrecht, so muß es erst, wie jede **b. p.**, agnoscirt werden, damit die juristische Grundlage der **querela** feststehe [2]). Die Römer nennen dies die **bon. pos-**

---

ciosi querelas, omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent, si se sumtibus inanibus non vexarent, quum obtinendi spem non habeant. — Die Beschränkung auf die agnatischen Geschwister kann nur eine Singularität der späteren Gesetzgebung sein, da das ganze Recht der querela so entschieden auf Cognation gebaut ist. Und in der angeführten Stelle liegt wenigstens (wenn nicht die Worte qui sunt ultra fratrem eine Interpolation sind), daß für die Geschwister die Querel keineswegs so entschieden feststand, wie für parentes et liberi.

2) fr. 6. pr. de inoff. test. — Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere.

sessio litis ordinandae gratia [3]), ein Ausdruck, den Fabricius ganz quellenwidrig für das gebraucht, was er für den Ursprung der **bon. poss.** hält.

Die Klage nun, welche dieser Begründung des Erbrechts folgt, kann durchaus, und dies wird heutzutage immer mehr anerkannt, eine **hereditatis petitio** nur mit eigenthümlicher Nüancirung (**ex causa inofficiosi testamenti**), genannt werden [4]). Bei einem Descendenten, der Civilintestaterbrecht hat, macht das auch gar keine Schwierigkeit [5]), er muß die **her. pet.**, die ja überhaupt auf Anerkennung des Erbrechts geht, ebensowohl gegen den bloßen Besitzer (**pro herede und pro possessore**), als gegen den anstellen können [6]), der sich als **scriptus heres** ein Recht auf die Erbschaft zuschreibt, ähnlich wie man die Klage auf Anerkennung des Eigenthums sowohl gegen den Besitzer (**rei vindicatio**), als gegen den ein materielles Recht an der Sache Behauptenden (**negatoria actio**) richtet. Deßhalb kann diese Klage auf Anerkennung des Erbrechts nur gegen den **scriptus heres** gedacht werden, ebenso wie die **negator. act.** nur gegen den ein dingliches Recht Behauptenden, aber freilich, wenn der Beklagte zugleich Besitzer der Sache ist, so kann in beiden Fällen der siegende Kläger

---

3) fr. 8. fr. eod.

4) l. 3. C. de her. pet. — Fabricius denkt sich die Formel der legis actio so (S. 149.): hoc testamentum inofficiosum et a furioso factum ajo.; wogegen Huschke (a. a. O. S. 24.) mit Recht bemerkt, daß keine legis actio in factum concipirt sein könne.

5) Huschke vermuthet die Formel: hanc ego hereditatem meam ex jure Quiritium esse ajo mit dem Zusatz ex causa inofficiosi testamenti. Nur möchte ich mich nicht darauf berufen, daß auch die rei vindicatio mit einer adjecta specialis causa habe angestellt werden können Abgesehen davon, daß dies bekanntlich sehr zweifelhaft ist, würde aus der Vergleichung nur folgen, daß man bei der her. pet. den Grund seines Erbrechts (Testament, Verwandtschaft) hätte hinzufügen müssen.

6) fr. 20. pr. de c. t. b. p. fr. 20. de inoff. — Qui de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam, quam hereditatis petitionem exercere. Ueber die Bedeutung des Ausdrucks querela bei den Römern s. Gneist Formelle Verträge S. 66. ff.

Digitized by Google

zugleich Herausgabe des Besitzes verlangen. Wo aber dies nicht der Fall ist, da wird gegen den Besitzer noch die wahre **her. pet.** angestellt, und die voraufgegangene **inoff. querela** erscheint dafür nur als ein Präjudicium [7]).

Dieses Rechtsmittel der **querela inoff. test.** wird nun auch dem, der sein Intestaterbrecht auf **b. p.** stützt, in ganz gleicher Weise gegeben. Es geht freilich aus dem Gesagten genügend hervor, daß daraus kein Schluß auf das allgemeine Bestehen der **her. pet. poss.** gemacht werden kann, denn ebenso wie die **rei vind.** und **negatoria act.** als zwei verschiedene Klagen behandelt werden, so sind auch diese **her. pet. contra scriptum heredem** und die **contra pro herede** und **pro possessore possessorem** noch genau zu trennen [8]), und es kann nicht von der einen auf die andere geschlossen werden. Aber gerade deßhalb kann man auch nicht meinen, daß vor den Centumvirn der **bon. possessor** sein **Int. quor. bon.** und seine **fictitiae actiones** mit besonderer Berufung auf die Inofficiosität angestellt habe. Er bedarf einer Gesammtklage zur Durchsetzung seines Intestaterbrechts gegen den **scriptus heres** [9]), welches hier als civiles *fingirt* wird, und welches in Folge dieser Fiction nun auch wirklich eine **in jus concepta actio** ist. Daher kommt es, daß die Römer nun auch in Fällen, wo nur ein **bonorum possessor** mit der Querel auftritt (z. B. ein Kind gegen seine Mutter), von einem **hereditatem petere**, ja (da dies nach dem §. 121. im Anfange Gesagten noch zweifelhaft ist) von einer **vindicatio hereditatis** sprechen [10]),

---

7) In dieser Hinsicht ist es durchaus richtig, mit *Hugo* auf die Stellung der querela inoff. *vor* der her. pet. aufmerksam zu machen.

8) Daraus rechtfertigt sich, was wir oben gesehen haben, daß die Römer von Beiden im Pluralis, nicht im Singularis sprechen konnten.

9) Aus dieser Behandlung der quer. inoff. als her. pet. ersieht man recht klar die Richtigkeit des Band I. S. 318 Gesagten, daß die Römischen Juristen das dogmatische Grundwesen der her. pet. als auf Anerkennung des Erbrechtes gerichtet auffaßten, daß es also nur eine *historische* Anomalie sein kann, wenn die gewöhnliche her. pet. nicht alle aus dem Erbrechte fließenden Befugnisse (nämlich nicht die dinglichen Einzelklagen) umfaßt.

10) In fr. 19. de inoff. kommt dieser Ausdruck dreimal vor.

d by Google

was ohne eine **in jus concepta actio** nicht wohl denkbar wäre. Wie aber im Einzelnen dieſe Fiction gelautet haben möge, wage ich nicht zu beſtimmen [11]).

Außer dieſem Punkte laſſen ſich allenfalls noch an folgende Fälle einer dem **bon. possessor** zuſtehenden **her. pet.** ſchon zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten denken.

Einmal nämlich kann man fragen, ob nicht dieſelbe bei der ſingulären **bon. poss. quibus ex legibus** zugeſtanden worden ſei. Hier coincidirt nämlich wahrhaft Civil- und Prätoriſches Recht, und ſo wie wir oben (§. 117. Note 12.) ſahen, daß daraus nicht bloß die **b. p. ex legibus**, ſondern auch die **unde legitimi** agnoscirt werden durfte, ſo könnte man auch meinen, daß der **b. possessor** die Macht gehabt habe, ob er die prätoriſchen oder die civilen Rechtsmittel anſtellen wolle. Indeß bezweifle ich dies doch. Das Civilrecht hat ſich hier, namentlich um Prätoriſche Inſtitute fortzubilden, abſichtlich in die Prätoriſche Form gebannt, aber darin liegt denn auch, daß es die Prätoriſchen Regeln ſtillſchweigend vorausſetzt. So wird z. B. der **patrona** durch die **lex** ein gleiches Recht zugeſtanden, **quod patronus habet ex edicto** [12]), alſo muß ſie doch den Regeln der Agnition vor dem Prätor noch ebenſo unterworfen worden ſein, als der Patron ſelbſt, und ſo werden denn auch die Rechtsmittel für ſie keine anderen ſein können, als für jenen. —

Ein anderer Fall, auf den ich noch aufmerkſam machen muß, iſt ein höchſt eigenthümlicher. Wenn nämlich ein Freigelaſſener ſtirbt, ſo hat der Prätor eine Reihe von Klaſſen angeordnet, welche theils ganz denſelben Grund haben, als die für den Freigeborenen angeordnete Erbfolgeordnung, theils ſich

---

11) Huſchke vermuthet folgende Formel: si Praetor b. possessione ex edicto data heredem faceret, hanc ego hereditatem e. j. Q. meam ex causa inofficiosi testamenti esse ajo.

12) Ulp. XXIX. 6.

Digitized by Google

aus den beſonderen Patronatiſchen Verhältniſſen erklären [13]). Ich habe ſchon in der Einleitung des erſten Bandes bemerkt (S. XIX.), daß ich die weitere Entwicklung dieſer Klaſſen vom vorliegenden Werke ganz ausſchließen konnte, indem ihre Eigenthümlichkeit nur in den berechtigten Subjecten, nicht aber in dem Weſen und Begriff der b. p. liegt. Was wir daher von der Entſtehung des ganzen Inſtitutes, und von ſeinen Rechtsmitteln ſagen, muß unverändert auch von der **b. p. liberti** gelten. Aber es kommt hiebei eben noch eine beſondere Klaſſe vor, wodurch der Patron den ihm in eigenthümlicher Weiſe zuſtehenden Pflichttheil erlangt, die **b. p. dimidiae partis**, und dieſe intereſſirt uns hier [14]). Der Patron ſoll dafür, daß er dem Verſtorbenen die Freiheit gewährt hatte, gewiſſe pecuniäre Vortheile erlangen können. Er darf dem Freigelaſſenen Dienſte auflegen [15]), und ſobald dieſe nicht geleiſtet ſind, und auch der Patron nicht darauf verzichtet hat [16]), ſo würde es eine Undankbarkeit ſein, wenn der Freigelaſſene nicht nach ſeinem Tode dem Patron einen Theil ſeines Vermögens hinterlaſſen wollte. Nur wenn er ſelbſt erzeugte Kinder in ſeiner Gewalt hat, iſt er davon frei, und der Patron hat dann nur die Klage auf die nicht geleiſteten Dienſte, gegen alle übrigen Erben des Freigelaſſenen aber ſteht ihm auch ſtatt jener Klage die **b. p.** auf ſeinen Pflichttheil, die Hälfte des Vermögens, zu [17]), welche alſo theils als **contra tabulas**, theils **intestati b. p. contra suos non naturales**, ſowie gegen alle ferneren Klaſſen erſcheint. Die Römer nennen dieſen Pflichttheil **pars debita**, und nun fragt es ſich, wie ſie die darauf gerichteten Rechtsmittel behandeln, und ob wir hier von den gewöhnlichen Klagen der **b. p.** ſprechen können? In zwei Stellen nämlich wird die

---

13) Ulp. XXVIII. 7. §. 3. I. de b. p. — Göſchen in Hugo's Civ. Mag. IV. Nr. 12. Unterholzner in d. Zeitſchr. f. geſch. R. W. V. Nr. 2. Huſchkes Studien I. Nr. 2.

14) Ulp. XXIX. 1. Gai. III. 40. 41. Tit. D. de bon. libert.

15) Abgeſehen von beſtimmten Ausnahmen fr. 47. de oper. libert. fr. 3. §. 4. de bon. lib.

16) fr. 37. pr. de bon. lib. fr. 41. 48. de oper. libert. fr. 47. §. 2. de bon. libert.

17) fr. 20. de jure patron.

Geltendmachung der **pars debita** durch **vindicare** bezeichnet [18]), und danach liegt die Schlußfolgerung sehr nahe, daß, da ja die **her. pet.** eine **vindicatio** ist [19]), damit die **hereditatis petitio possessoria** gemeint sei, die also doch wieder bei einem Fall der **b. p.** sich finde, und danach auch wohl für die übrigen Klassen angenommen werden müsse [20]).

Es lassen sich hiergegen verschiedene Antworten vorbringen, jedenfalls glaube ich nicht, daß dadurch das oben gewonnene Resultat über die Nichtexistenz der **her. pet. poss.** zur Zeit der klassischen Juristen irgend geschwächt werde.

Einmal kann man sagen, daß in jenen beiden Stellen der Ausdruck **vindicare** uneigentlich gebraucht sei, ebenso wie auch die Worte **hereditatem petere** noch keineswegs das Vorhandensein der **hereditatis petitio** voraussetzen. Hierfür spricht noch, daß in jenen beiden Stellen gar nicht direkt von den Rechtsmitteln aus der **b. p.** die Rede ist, sondern die Frage entschieden wird, ob überhaupt hier die **b. p.** selbst zulässig ist; und eben dies bejahen die Juristen African und Javolen mit den Worten: er könne die **pars debita** vindiciren, was also nichts Anderes heiße, als er könne auf seinen Pflichttheil die **b. p.** agnosciren.

Diese Erklärung ist möglich, aber dennoch neige ich mich mehr zu einer anderen. Wenn auch hier mit **vindicare** nichts weiter ausgesprochen wird, als daß die **b. p.** agnoscirt werden dürfe, so kommt doch der Ausdruck, so viel ich weiß, nie bei der Erbittung einer gewöhnlichen **b. p.** in den klassischen Quellen vor, und er wäre auch bei Etwas, was so direkt auf der Prätorischen Machtvollkommenheit ruht, wie die **b. p.**, nicht sehr passend gewesen. In dem **vindicare** liegt doch immer die Hindeutung auf eine mehr dem Civilrecht angehörende Befugniß, und wenn wir ihn also bei der **b. p.** gebraucht finden, so müssen wir daraus wohl gerade auf eine ganz singulär ge-

---

18) fr. 26. de bon. libert.: „posse patronum partem debitam vindicare.“ — fr. 36. eod. „auferrique patrono, quod modicum vindicaturus est.“ (fr. 28. de legat. II.)

19) Gai. IV. 17.

20) Bisher freilich hat Niemand diese Schlußfolgerung aufgestellt.

Digitized by Google

eigenschaftete **bon. possessio** schließen. Und so ist auch in der That da, wo wir den Ausdruck noch einmal finden (s. Note 10.), ein ganz eigenthümlicher Fall, nämlich die Anstellung der **querela inoff.**, vorhanden. Ebenso sind nun hier bei der **b. p.** des Patrons auf den Pflichttheil der Andeutungen genug, daß wir etwas ganz Singuläres vor uns haben, bei dem sich der Ausdruck **vindicare** recht gut gebrauchen ließ, ohne daß wir daraus für die übrige **b. p.** Schlüsse ziehen dürften.

Es fällt nämlich gleich in die Augen, daß die Römer den mit dieser **b. p.** zu fordernden Pflichttheil ganz unter dieselben Regeln stellen, wie den, der zur Ausschließung der **querela inoff.** hinterlassen werden muß. Er wird vom Todestage berechnet [21]), es werden nicht bloß die Bedenkungen im Testamente, sondern auch die **mortis causa donationes**, ausnahmsweise auch die Schenkungen, darauf angerechnet [22]), es dürfen diese Dispositionen nicht auf Zeit und Bedingung gestellt sein [23]), eine Anerkennung dieser Dispositionen vernichtet das Notherbenrecht [24]), und endlich dieses Notherbenrecht wird erst deferirt, wenn der, gegen den es gerichtet ist, die **hereditatis aditio**, oder die Agnition der **b. p.** vorgenommen hat [25]). Der Unterschied ist nur, daß bei der **quer. inoff.** ein Theil des Intestattheils zu deren Ausschließung genügt, während dem Patron das Ganze, was er mit der **b. p.** fordert, auch hinterlassen sein muß. Im Uebrigen ist aber auch die Terminologie ganz dieselbe, indem mit der **querela** ebenso die **pars debita** (**ab intestato**) eingefordert wird, wie auch der Gegenstand dieser **b. p.** auf eine **pars debita** geht. Und ebenso wie dort jener Theil **legitima portio** genannt wird, so wird auch hier die **b. p.** ein **legitimum auxilium** genannt [26]).

Hiernach hat also die **contra tab. b. p.** des Patrons, mit der der Kinder gegen das Testament ihres Vaters eben nur

---

21) fr. 3. §. 20. de bon. libert. (l. 6. C. de inoff.)

22) fr. 3. §. 10. § 15 — 18. de bon. libert. (fr. 8. §. 6. fr. 25. pr. de inoff. test.)

23) fr. 21. §. 1. u. 2. de jure patron. (l. 32. C. de inoff.)

24) fr. 6. §. 4. de bon. libert. (fr. 31. §. 3. u. 4. de inoff.)

25) fr. 3. §. 5. u. 12. de bon. libert. (fr. 8. §. 10. de inoff.)

26) fr. 8. §. 1. de bon. libert.

Digitized by Google

den Namen gemein [27]), ihrer materiellen Bedeutung nach dagegen steht sie durchaus mit der **querela inofficiosi** auf einer Stufe. Was ist daher natürlicher, da die Letztere eine **vindicatio** ist, ja sogar noch so genannt wird, wenn sie auch nur auf der **bon. poss. litis ordinandae gratia** ruht, — daß man nun auch die **b. p.** des Patrons eine Vindicirung der **pars debita** nennt. Damit soll also nicht, was vorzüglich hervorzuheben ist, angedeutet werden, daß aus dieser **b. p.** eigenthümliche Rechtsmittel, etwa eine **her. pet. possessoria**, hervorgingen, sondern die Agnition der **b. p.** selbst wird eine Vindication genannt, weil, obgleich sie ja überhaupt gar keine Klage ist, die materielle Gleichheit dieses Rechtsmittels mit der **querela** die Römer sehr natürlich auch veranlaßte, die Terminologie dieser Letzteren auf jene zu übertragen. Damit ist nun also auch gar nicht unvereinbar, daß die juristische Construction der aus dieser **b. p.** folgenden Klagen ganz dieselbe war, wie bei jeder anderen **b. p.**, wie dies denn auch in den Quellen angedeutet zu werden scheint [28]), namentlich in Beziehung auf zu belangende dritte Personen, während allerdings zwischen dem Patron und dem anderen Erben, der durch Jenen verliert, noch möglicher Weise eine eigenthümliche Klage vorkommen konnte [29]), die, wie z. B. die **actio fideicommissi** dazu dient, das mehr mittelbare Erbrecht des Patrons überhaupt erst nach seiner Quote gerichtlich festzustellen, und die die Römer nach Analogie der **societatis actio** behandelt zu haben scheinen, an deren Stelle ja überhaupt dies Pflichttheilsrecht des Patrons getreten war [30]).

---

27) s. auch fr. 4. pr. de b. p. c. t.

28) fr. 50. §. 2. de bon. libert. — „Sed numquid Praetor ei denegare possessorias actiones debeat," — fr. 16. §. 5. eod. „denegari ei debere actiones."

29) fr. 10. pr. eod. — Si ex patronis alicui satisfactum non erit, ita ut alii amplius sua portione ex bonis liberti relinquatur, ei cui satisfactum non erit, ita actio dabitur, ut ejus portio suppleatur ex eo quod extraneo heredi et quod patrono supra suam portionum relictum est.

30) fr. 1. §. 1. u. 2. de bon. libert. — Et quidem prius Praetor Rutilius edixit: se amplius non daturum patrono, quam ope-

Digitized by Google

§. 123. Nach der bisherigen Darstellung ist also doch nur Ein Fall vorhanden, in welchem man allerdings zur Zeit der klassischen Juristen eine her. pet. possessoria anzunehmen hat. Ein zweiter ist dem nun noch beizufügen.

In den Provinzen nämlich wurde die Handhabung des Erbrechts von Seiten des Statthalters in die Rechtsform der b. p. gekleidet [1]). In Rom tritt der Prätor mit seinem Institute zur Ausbildung und Verbesserung des Civilerbrechtes auf, und er nennt seine Erben, weil er sie nicht zu heredes machen kann, doch wenigstens hereditatis possessores, da sie die factische vom Prätorischen imperium aufrecht erhaltene Macht eines heres haben. In den Provinzen nun kann kein Peregrine heres werden, was war also natürlicher, als daß man hier das Institut anwandte, das schon in Rom für den Fall bestand, wo kein heres sich zeigte, während in den Provinzen gar kein heres vorhanden sein konnte. Durch den Proconsul wurde er nun loco heredis constituirt, d. h. es war hiermit das Erbrecht der Provinzialen, das doch die Römer nothwendig anerkennen mußten, in eine ihnen geläufige Rechtsform gebracht. Freilich stand es in der Macht jedes Proconsuls ein Edict darüber zu erlassen oder nicht, aber auch in letzterem Falle lag die Subsumtion unter den Begriff der b. p. so nahe, daß auch ohne ein Edict die Erbschaften der Provinzialen danach regulirt sein werden. Aber dergleichen ist, wie Cicero mit Recht sagt, nicht gut ohne eine vorher bestimmte Regel abzumachen, und so werden gewiß die meisten Provinzialstatthalter, sowie vorzüglich der praetor peregrinus für die

---

rarum et societatis actionem. — Posteriores Praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur. Videlicet enim imago societatis induxit ejusdem partis praestationem, ut quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.

1) Cic. ad. Att. VI. 1. §. 12. — „duobus generibus edicendum putavi: quorum unum est provinciale, in quo est de rationibus civitatum . . . . . alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis vendendis; quae ex edicto et postulari et fieri solent.

in Rom lebenden Peregrinen es an einem Edicte **de hereditatum possessionibus** nicht haben fehlen lassen. Allerdings aber kann darin doch wieder nicht dasselbe gestanden haben, als im Edict des **praetor urbanus**. Letzteres, da es zur Ausbildung des Civilrechts diente, hing auch so genau mit civilrechtlichen Sätzen zusammen, und stützte sich oft so wesentlich darauf, daß eine Uebertragung auf Peregrinen unmöglich war. So mußte, wie Hugo hiebei bemerkt [2]), bei der **secundum tabulas b. p.** bewiesen werden, daß der Testator als **civis romanus** gestorben sei, und so wurde ja auch die Vorschrift der Obsignation der Testamente auf das Civilrecht reducirt [3]). Von einer Klasse des **suus**, der Agnaten und Gentilen konnte überhaupt bei Peregrinen nicht die Rede sein [4]), und auch die Klasse **unde vir et uxor** bezieht sich nach dem Edict des **Praetor urbanus** nur auf **justa matrimonia** [5]). Es versteht sich also von selbst, daß auf Peregrinen nur übertragen werden konnte, was überhaupt für sie paßte; und so werden die einzelnen Klassen, sowie die Regeln über Errichtung der Testamente, meist dem Gewohnheitsrechte der verschiedenen Districte entsprochen haben, während man, wo dies nicht entgegenstand, also namentlich auch für die Peregrinen in Rom, analog die Grundsätze über Errichtung der Testamente, und über das Erbrecht der **liberi**, **cognati** und Ehegatten angewandt haben wird.

Zu dem, was bei den Peregrinen nicht so direkt anzuwenden war, scheint mir nun auch namentlich die Construction der aus der **b. p.** folgenden Rechtsmittel zu gehören. Die **fictitiae actiones** konnten jedenfalls nicht in der Weise vorkommen, wie sie **Gaius IV. 34.** mittheilt:

> **si A. A. Lucii Titii heres esset — tum si fundum de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oporteret, oder tum si paret N. N. A. A. sestertium decem millia dare oportere.**

---

2) R. G. S. 554. Note 5.
3) s. Bd. I. S. 159.
4) Gai. I. 55.
5) fr. un. pr. unde vir et uxor.

Digitized by Google

Denn hier wird doch immer vorausgesetzt, daß der **A. A.** seiner Persönlichkeit nach **heres** werden kann, und es nur in diesem Falle nicht ist. Vielmehr hätte hier, sollte die Formel überhaupt brauchbar sein, die Fiction verdoppelt werden müssen, indem der Peregrine zuerst als **civis Romanus** zu fingiren war:

> **si A. A. civis Romanus et Lucii Titii heres esset, tum etc.**

wie allerdings derartige Fictionen bei den Römern vorgekommen sind [6]). Allein wenn auch in dieser Weise die Formel wenigstens denkbar wäre, so würde doch in der Annahme, daß sie wirklich so vorgekommen sei, eine, wie mir scheint, völlige Verkennung der Römischen Zustände liegen. Die Beispiele, welche Gaius von der Fiction **si civis Romanus esset** anführt, sind Pönalklagen (**actio furti, legis Aquiliae**), und hier ist es freilich sehr natürlich, daß ein delinquirender Peregrine nicht ungestraft bleiben darf, da wo ein Römer der Strafe unterliegt, woraus denn in Folge der nothwendigen Gleichheit des Rechts auch folgt, daß der Peregrine aus einem solchen Delict des Römers muß klagen können. Aber es scheint mir sehr unwahrscheinlich, daß diese Fiction noch über das Gebiet der Pönalklagen von den Römern benutzt worden wäre. Wo sollte nun die Gränze sein, daß nicht am Ende die Peregrinen sich des ganzen Civilrechts bemächtigt hätten? Woher sollen sich die vielen einzelnen **leges** und **SCta** erklären, wonach eine für **cives** berechnete Bestimmung erst ganz besonders auf die Provinzen übertragen werden mußte? Und wenn hier bei der **b. p.** die Peregrinen als **cives** angenommen worden wären, so müßten sie dann überhaupt allen ihren Regeln unterworfen worden sein, was doch entschieden nicht der Fall ist. Die Römer waren gar nicht gemeint, alle in den Provinzen geltenden Rechtssätze unter Römische Formen zu zwängen. Sie lassen dieselben entweder, wie wir aus so vielen Stellen des Gaius sehen, ganz selbständig bestehen, oder wo im Römischen Recht sich ein Institut findet, dessen freiere Gestalt Aehnlichkeit mit dem Peregrinenrechte darbietet, da stellen sie es auch wohl mit

6) Gai. IV. 37.

Digitized by Google

unter dieſen Geſichtspunkt, ohne es deßhalb ganz in dem Römiſchen Inſtitute aufgehen zu laſſen. So hat das Eigenthum der Peregrinen Aehnlichkeit mit dem Römiſchen **in bonis**, aber es wird doch wieder gleich dadurch zu einem ganz anderen, daß jenes: **unum dominium** iſt, während dieſes auf der **divisio dominii** beruht [7]). So iſt auch der **bon. possessor** bei den Peregrinen gar Keiner, den noch wieder ein **heres** vertreiben könnte, und deßhalb brauchten ſeine Rechtsmittel auch nicht ſo conſtruirt zu ſein, wie dies in Rom nöthig war. Man brauchte und wollte gar nicht den Peregrinen in die Stelle eines civilrechtlichen **heres** hineinfingiren, und deßhalb fielen die **fictitiae actiones** hinweg, und man wollte auch gar nicht dem Peregrinen einen nur interimiſtiſchen Beſitz der Erbſchaft bis zum Auftreten des **heres** gewähren, und deßhalb war wieder das bloß **possessionis quaestionem** enthaltende **Int. quor. bon.** unpaſſend.

Hiernach ſcheint es mir durchaus wahrſcheinlich, obgleich ich es direct aus den Quellen nicht beweiſen kann, daß man, da der Peregrine doch von vorn herein als definitiver Erbe anerkannt werden ſollte, ihm auch die den civilen Erbrechtsklagen analogen Rechtsmittel, alſo namentlich die **her. petitio** gewährte, womit er die Anerkennung ſeines Erbrechtes durchſetzen konnte. Ob man dabei an den hiſtoriſchen Singularitäten der Römiſchen **her. pet.**, alſo an der Ausſchließung der Einzelvindicationen von dieſer Klage, haften blieb oder nicht, wage ich natürlich nicht zu entſcheiden. Man könnte nun aber jedenfalls dieſes hier vermuthete Rechtsmittel eine **her. petitio possessoria** nennen.

§. 124. Wir haben in einer weitläuftigeren Entwicklung auf die Punkte eingehen müſſen, worin zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten von einer **poss. her. pet.** die Rede ſein kann. Daß es Fälle ſind, die das Gepräge der Singularität auf der Stirn tragen, und keinen Rückſchluß auf das geſammte Syſtem der der **b. p.** zulaſſen, daß dadurch alſo unſere obigen dies letztere betreffenden Argumentationen nicht afficirt werden, dies wird

7) ſ. Bd. I. S. 277.

Digitized by Google

hoffentlich unsere ganze Darstellung gezeigt haben. Erst jetzt, nach Beendigung dieser Vorfragen können wir dem Orte zuschreiten, wo in der That die Entstehung der **her. pet. poss.** als eines allgemeinen Rechtsmittels der **bon. poss.** zu finden ist. Ich glaube, wie ich schon oben bemerkte, daß dieselbe aus dem Untergange des **ordo judiciorum** hervorgegangen, also um die Zeit des Diocletian zu setzen sei. Dieser Kaiser hob im Jahr 294 die Uebertragung des Verfahrens an den **judex** auf, indem jetzt die **praesides** regelmäßig die ganze Sache selbst zu verhandeln hatten [1]). Dadurch wurde keineswegs, wie schon oben bemerkt ist, die materielle Natur aller Klagen verändert, wohl aber mußte da, wo sich verschiedene Rechtsmittel bisher vorzüglich in Folge ihrer processualischen Gestalt unterschieden hatten, mehr oder minder eine Verschmelzung eintreten. Daß dies gerade bei den Klagen aus der **bon. poss.** der Fall ist, scheint mir zu erweisen nicht schwer zu sein.

Die **b. p.** hat in der späteren Kaiserzeit eine wesentlich andere Gestalt angenommen, als sie unter den klassischen Juristen darbietet. Die Untersuchungen der folgenden drei Kapitel dieses Buches werden tiefer darauf eingehen, wie wir uns diese Verschmelzung eigentlich zu denken haben. Zur Entscheidung der Frage, die uns hier beschäftigt, sind sie noch gar nicht nöthig. Es genügt eine rein äußerliche, noch sehr oberflächliche Anschauung der Sache, um den Punkt, den wir jetzt vor Augen haben, zu erreichen.

Die **b. p.** war gegen Diocletian hin der Inbegriff des gesammten ausgebildeten Erbrechts geworden. Sie umfaßte neben dem Neuen, was der Prätor eingeführt hatte, auch sämmtliche civilrechtliche Klassen, die sich noch erhalten hatten; aber diese waren im Verhältniß zu Jenem bei weitem das Geringere, viel seltener Vorkommende. Abgesehen von den Testamenten bestanden aus dem Civilrecht nur die Klassen der **sui**, und der übrigen **legitimi**, das weite Feld der Cognatensuccession gehörte rein dem Prätorischen Rechte an, und auch innerhalb der civilrechtlichen Klassen war die **b. p.** so vielfach das einzige Successionsmittel, weil das Civilrecht die **graduum**

1) Puchta Curs. der Instit. II. S. 236.

Digitized by Google

und ordinum successio nicht kannte. Zur Zeit der klassischen Juristen hielt man nun freilich den Begriff immer fest, daß die b. p. an und für sich nur etwas Interimistisches sei, daß sie sine re werden könne. Aber es leuchtet doch ein, daß im Ganzen die Fälle der b. p. sine re weit seltener vorkamen, als die der cum re. Wenn ein Civilerbe vorhanden war, so pflegte er wegen der Vortheile des Int. quor. bon. wohl meist selbst b. p. zu erbitten. Es kamen aber überhaupt viele Fälle vor, wo ein Civilerbe gar nicht vorhanden war, also einer folgenden sich bloß auf das Prätorische Recht stützenden Klasse dauernd das Vermögen verblieb.

In diesem Zustande tritt nun die b. p. in die Zeiten ein, wo die lebendige scharfe Rechtskenntniß verschwindet. Was war natürlicher, als daß die Anschauung sich jetzt auf das vorzüglich richtet, was am häufigsten im Leben zur Erscheinung kam, und daß man danach den allgemeinen Begriff des Institutes sich construirte? Die Römischen Juristen hatten, wegen der wenn auch selteneren Fälle der b. p. sine re, noch immer den alten Begriff festgehalten, daß sie nur eine possessio, eine Ausübung des Erbrechtes sei. Nichts hinderte es aber, daß man, als die juristische Consequenz und das Festhalten an althergebrachten Begriffen in den Schatten trat, gerade die umgekehrte Auffassung an die Stelle setzte. Die b. p. war in den meisten Fällen cum re, warum sollte man sie also nicht auch als einen Compler von Rechtsregeln auffassen können, wodurch man dauernd die Erbschaft erhält; warum sie nicht, statt einer bloßen Ausübung des Erbrechts, ein Erbrecht selbst nennen können?

Die Fälle der b. p. sine re ließen sich unbedenklich als singuläre Ausnahmen auffassen, in denen der b. possessor als ein Unberechtigter erschien, der ungefähr wie jeder andere eigenmächtige, im guten Glauben befindliche Erbschaftsbesitzer behandelt werden konnte.

Wir haben es also als natürliche Folge der verschwindenden scharfen Jurisprudenz anzusehen, daß man sich den Begriff der b. p. nach der Gestalt bildete, in der sie am häufigsten vorkam, daß man sie, abgesehen von den anfangs noch fortbe-

Digitized by Google

stehenden Ausnahmen der **b. p. sine re** [2]), als ein eben so **definitives Erbrecht** sich dachte, wie es das Civilrecht gewährte. Diese Anschauung mußte sich ganz von selbst entwickeln, es liegt darin an und für sich noch keine Umgestaltung der **b. p.**, es ist bloß die Betrachtung des Institutes von einem anderen Gesichtspunkte aus. Sie ist also auch nirgends durch ein Kaisergesetz angeordnet worden, wir erkennen sie nur aus gelegentlich vorkommenden Aeußerungen. So z. B. zeigt sie sich in einem Rescripte Diocletians vom Jahr 286. (**l. 1. C. unde liberi**):

> **Si avus tuus relictis tribus emancipatis filiis decesserit, hique bonorum possessionem unde liberi acceperint, pro rata portione heredes eos exstitisse palam est.**

Die Entscheidung des Kaisers ist ganz ebenso, wie sie auch ein früherer Jurist gegeben haben würde, aber die Ausdrucksweise ist anders. Dieser hätte etwa gesagt: **pro rata portione rem habituros, qui bonorum possessionem acceperunt** [3]), während der Kaiser direct sagt, die drei Emancipirten seien zu gleichen Theilen **heredes**. Weil ihnen die **b. p.** ebenso definitives Erbrecht gewährte, wie die **hereditas**, so schien es unnöthig, dies Wort noch immer ängstlich für die Civilerben festzuhalten. Freilich aber mußte diese veränderte Anschauung, so wenig sie in sich selbst eine Rechtsänderung ist, doch leicht bedeutende Umgestaltungen zur Folge haben. Paßte es wohl jetzt noch, daß, wenn ein solcher definitiver Erbe die **corpora hereditaria** einforderte, in dem Processe nach den Regeln des **Int. quor. bon.** nur **de possessione** die Rede sein sollte [4])? Paßten

---

2) Wir werden alsbald sehen, daß noch andere Gründe hinzutraten, welche diese **b. p. sine re** überhaupt vertilgten.

3) **fr. 1. §. 8. si tab. test. null.**

4) Wir haben im zweiten Buche bereits hervorgehoben, daß es schon zur Zeit der klassischen Juristen einzelne Fälle der **b. p.** gab, die der Prätor lediglich aus dem Zwecke aufgestellt hatte, daß sie entweder allgemein (**c. t.**) oder unter gewissen Voraussetzungen **cum re** sein sollten (**unde liberi** und die **b. p.** aus vitiösen Testamenten). Hier hatten denn auch schon die Rechtsmittel des **b. possessor** eine andere practische Bedeutung, als was ihre eigentliche juristische

noch die alten **fictitiae actiones** in ihrer bisherigen Form: **si heres esset**, während doch der damaligen Zeit mehr die directe Assertion: **quum heredis loco sit**, oder (nach den Worten unserer Diocletianschen Stelle zu sprechen) geradezu: **quum heres sit** angemessen war?

So lange noch besondere **formulae** concipirt wurden, blieb man allerdings an den alten Klagarten hängen, aber Niemand konnte die fortschreitende Zeit hindern, der alten Form ein anderes Wesen beizulegen, und in den Prätorischen Klagen dieselbe innere Bedeutung zu finden, welche die **her. petitio** und die Einzelvindicationen für den Civilerben hatten.

Als daher unter Diocletian die **judices**, und damit die formellen Conceptionen der Klagen hinwegfielen, da mußte von selbst zusammenbrechen, was sich schon vorher nur noch formell, nicht mehr dem Wesen nach geschieden hatte. Man mußte, da die Durchsetzung der **b. p.** ein eben so definitives Erbrecht gewährte als die **hereditas**, auch den darauf vor dem Beamten gerichteten Klagantrag in beiden Fällen als ganz gleichartig ansehen. Und da als die Klage zur Durchsetzung des Rechts eines **heres** vorzugsweise die **her. pet.** erscheint, wenn sie auch nicht Alles wahrhaft umfaßt [5]), so kann es uns nicht wundern, wenn man auch den Antrag des **b. possessor** auf Schutz in seinem

---

Construction mit sich brachte. Und was damals bereits bei diesen einzelnen Fällen eintrat, mußte sich nun nach und nach auf das ganze System der b. p. erstrecken. — Es ist aber wohl zu bemerken, daß gerade von einem solchen Falle, der schon als Ausnahme von der Grundidee des Interdicts erscheint (nämlich bei der b. p. aus einem vitiösen Testamente s. §. 107. Note 4.), Papinian die Klage des b. possessor zur Geltendmachung seines Rechts mit den Worten bezeichnet: **si possessionem petat.** Also er spricht vom **Int. quor. bon.** und nicht von der **her. pet. poss.**, und wahrlich wenn letztere damals bestanden hätte, so hätte doch Papinian von ihr da reden müssen, wo er ausdrücklich die **doli exc.** des **heres** zuläßt.

5) Die Absonderung der Einzelvindicationen von der **her. pet.** erkennt auch noch Diocletian in l. 7. C. **de her pet** vollkommen an, woran er den Satz knüpft, daß wohl gegen jene, nicht aber gegen diese eine **usucapio** oder **longi temporis praescr.** gerichtet werden könne. s. auch l. 4. C. **in quib. causis cessat longi temp. pr.**

Digitized by Google

Recht jetzt ebenso als **hereditatis petitio** bezeichnet, wie ihn Diocletian selbst **heres** nennt.

Also in der veränderten Anschauung der **b. p.** liegt die Entstehung der allgemeinen **her. pet. possessoria**, und deßhalb gerade kann zur Zeit der klassischen Juristen, weil hier das Institut noch dem älteren Begriffe unterworfen war, von derselben nicht die Rede sein. Dies Resultat in Beziehung auf die Entstehungszeit wird vielleicht Mancher von vorn herein eher zugeben, aber den Entstehungsgrund in etwas Anderem suchen wollen.

Es habe dem **bon. possessor** an einer wahren Universalklage gefehlt, indem das **Int. quor. bon.** ein viel engeres Rechtsmittel gewesen sei, als die **her. pet.**, und eben deßhalb habe, wenn eine völlige Gleichheit der **bon. poss.** mit der **hereditas** erlangt werden sollte, nothwendig eine Uebertragung der **her. pet.** auf die **b. p.** stattfinden müssen. — Aber eine Widerlegung dieser Auffassung liegt, glaube ich, schon genügend in der bisherigen Darstellung der aus **b. p.** und **hereditas** hervorgehenden Rechtsmittel. Das **Int. quor. bon.** ist auch eine Universalklage, gerade soweit als dergleichen bei der Durchsetzung des Erbrechtes practisches Bedürfniß ist. Daß der Prätor davon die Einzelklagen absondert, ist etwas durchaus Passendes, und daß man zu der Einforderung der **corpora hereditaria** noch die persönlichen Einzelklagen aus wirklich practischem Nutzen hinzufügen müsse, das würde, scheint mir, eine den Römern ganz unverständliche Anforderung gewesen sein.

Ferner aber, wenn man die Entstehung der **her. pet. possessoria** aus diesem Grunde rechtfertigen will, so erscheint die Ausgleichung des Begriffs von **b. p.** und **hereditas** als Zweck, die Aufstellung jener Klage als Mittel, und alsdann müßten wir diese nothwendig als ein einzelnes Factum entweder aus einer eigenen Prätorischen Bestimmung oder einem besonderen Kaisergesetz ableiten. Eine derartige Constitution aber ist nirgends zu finden, und wäre sie ja gegeben worden, so würden wir sie gewiß noch im Coder lesen. Ebendeßhalb wurden die Meisten auf den Prätor zurückgedrängt, und versuchten die Klage aus dem Edicte und also auch aus den Schriften der Juristen herauszulesen. Daß aber diese Versuche mißlun-

gen sind, habe ich oben gezeigt. Die **her. pet. poss.** hat nicht den Zweck, um die völlige Ausgleichung wirklich zu Stande zu bringen, sondern letztere ist vorausgegangen, sie ist die Ursache, daß man gegen Diocletians Zeit hin auch in den Rechtsmitteln keinen Unterschied mehr finden konnte. Es hat also kein Prätor, kein Kaiser jene Klage eingeführt, im Gegentheil bis auf Diocletian bestand noch der formelle Unterschied der Rechtsmittel [6]), seitdem aber fielen auch die äußeren Schranken zwischen den zwei verschiedenen Wegen hinweg, auf denen doch schon, seitdem man die **b. p.** als ein definitives Erbrecht ansah, **heres** und **b. possessor** ganz dasselbe Ziel, nämlich petitorische oder definitive Anerkennung ihres Erbrechts, erreicht hatten.

§. 125. Die bisherige Argumentation stützt sich in allgemeiner Weise auf zwei nicht zu bezweifelnde Punkte: den Untergang des **ordo judiciorum**, sowie überhaupt der formellen Verschiedenheiten der Rechtsmittel, und die Verschmelzung der Begriffe von **hereditas** und **bonorum possessio.** Beides ist, wie wir unbedenklich annehmen dürfen, bis gegen die Zeit Diocletians hin, vor sich gegangen. Rücksichtlich des zweiten Punktes ist nicht die Verschmelzung gemeint, daß überhaupt die **b. p.** als gleiche Universalsuccession mit der **hereditas** gegolten hätte [1]), eine solche Universalsuccession war die **b. p.** von Anfang an, — sondern daß man sie als ein vorherrschend definitives Erbrecht auffaßte, wovon schon in der Zeit der klassischen Juristen die Keime namentlich in den **corrigendi juris civ. gr.** proponirten Klassen zu finden sind, ohne daß dies aber schon damals zu einer Gesammtanschauung geworden wäre.

Die Beweisführung hat sich jetzt genauer auf die Quellen zu concentriren, und auch aus ihnen die aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen. Denn wenn gleich kein Kaisergesetz unser fragliches Rechtsmittel eingeführt hat, wir also danach auch nicht suchen können, so müssen wir doch in den Constitutionen,

6) Wenigstens de jure. Ob man sich auch schon in der letzten Zeit vor Diocletian in der Praxis immer noch darnach gerichtet hat, ist eine andere Frage.

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. R. W. V. S. 18.

Digitized by Google

die direct eine andere Hauptentscheidung enthalten, gelegentliche Aeußerungen antreffen, welche uns die von selbst vorgegangene Rechtsänderung mittheilen. Und dies scheint mir sich in sehr auffallender Weise zeigen zu lassen.

So viel ich weiß, kommt bei den Pandekten-Juristen der Ausdruck **vindicare** für die Rechtsmittel des **bonorum possessor** nur in den oben angeführten Stellen vor, welche aber, wie gezeigt worden, so eigenthümliche Fälle betreffen, daß hier der Gebrauch jenes Worts nicht auffallen kann. Im Uebrigen aber konnten die Juristen unmöglich von einer **vindicatio** des **bonor. possessor** sprechen, da es ihnen wohl bekannt ist, was eigentlich **vindicatio** bedeutet, wonach es nur bei **speciales in rem actiones** und bei der **her. petitio** ein passender Ausdruck war [2]). Dagegen bei der Klage des Civilerben kommt er sehr oft vor, namentlich seit der Kaiserzeit in den besonderen Fällen der **caduca etc.**; und so findet sich denn auch in den Kaisergesetzen, die des Diocletian mit eingeschlossen, das Wort **vindicatio** durchaus gleichbedeutend mit **her. pet.** gebraucht [3]). Für die Klagen aus der **b. p.** aber kommt dieser Ausdruck vor Diocletian noch nicht vor. Nur einmal heißt es in einer Constitution von Severus Alexander von der instituirten Tochter einer Mutter, deren Testament sie umgehen und **ab intestato** die **bon. poss.** agnosciren wollte: **non successionem ab intestato potes vindicare** [4]). Aber die Beziehung auf die **b. p.** ist hier nur scheinbar, indem wenn auch die Tochter dieselbe hatte agnosciren wollen, dies Rescript des Kaisers allgemein auch auf die Geltendmachung ihres Civilerbrechts **ex Sto Orphitiano** sich bezieht.

Dagegen in den zahlreichen Constitutionen Diocletians tritt

---

2) Gai. IV. 16. u. 17.

3) s. z. B. l. 3. C. de her. pet. (§. 122. not. 4.) „hereditatem ex alia causa vindicanti“ (Severus et Anton.) l. 3. C. de testam. „hereditatem vindicare“ (Alexand.). l. 13. C. de collat. (Dioclet.). l. 1. C. de Carb. ed. (Dioclet.). l. 8. C. de jure deliber. (Dioclet.) l. 9. C. Comm. de succ. (Dioclet.) l. 12. C. de test. manum. (Dioclet.) (s. ferner z. B. fr. 3 expil. her. „hereditatem jure ordinario vindicare“.)

4) l. 3. C. de impub. et al. subst.

die Aenderung der Terminologie auffallend hervor. Hier finden wir eine ganze Reihe von Stellen, wo vindicatio eben so unzweifelhaft von der Geltendmachung der b. p. gebraucht wird, wie derselbe Kaiser das Wort beim Auftreten eines heres anwendet. (s. Note 3.) Und zwar wird hier der Ausdruck **vindicare successionem** nicht bloß von der Agnition der b. p. selbst verstanden, sondern die Erbittung wird ausdrücklich als etwas Vorausgehendes genommen, der dann die vindicatio successionis nachfolgt, so daß also successio hier das angetretene Erbrecht bedeutet.

1) l. 4. C. qui adm. ad b. p. — Emancipata, si non agnovit intra annum Unde liberi bonorum possessionem, nullam ad heredes **vindicationem successionis** transmittere potuit.
2) l. 2. C. unde legit. — — Intelligis, sine auxilio bonorum possessionis (d. h. ohne daß du vorher b. p. agnoscirst) ejus te **successionem vindicare** non posse.
3) l. 2. C. de success. ed. — Si — tu, licet quinto gradu constitutus, ex successorio capite petiisti bonorum possessionem, vel nondum exclusus petas, eorum **successionem potes vindicare**.
4) l. 5. C. Comm. de succ. — admississe te bon. poss. probans, eorum **vindica successionem**.

Andere Stellen desselben Kaisers verbinden das vindicare, statt mit successio, direct mit einem anderen das Vermögen bedeutenden Worte:

5) l. 8. C. Comm. de succ. — — Igitur perspicis, quod testamentariae successionis spe durante, intestato **bona** defuncti non recte **vindicentur**.
6) l. 8. C. de legit. hered. — Si — adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum **substantiam vindicare** non prohiberis.

In der letzten Stelle sieht man namentlich noch die vollkommene Gleichstellung der hereditas und bonorum possessio in Beziehung auf die daraus folgende Vindication, und daß damit wahrhaft die hereditatis petitio gemeint sein muß, zeigt folgende Constitution ganz ausdrücklich:

Digitized by Google

7) l. 9. C. de petit. her. — **Si scripti heredes delatam sibi successionem cognati repudiaverunt, et hanc honorario vel civili jure quaesiisti, res hereditarias, quae in eadem causa durant, hereditatis petitione vindicare potes.**

Man könnte der Beweiskraft dieser Stelle noch dadurch entgehen wollen, daß man meinte, es sei hier nur von einem Civilerben die Rede, der durch her. aditio oder Agnition der b. p. zur Erbschaft gelangt, und dem nun auch die her. pet. zugesprochen wird, während dies von einem bloß durch den Prätor berufenen Erben nicht gelten könne. Aber einestheils würde dies schon eine sehr gezwungene Interpretation der allgemein lautenden Worte sein, anderntheils widerlegt es sich eben durch alle jene anderen Diocletianschen Stellen, durch die sich gleichmäßig das Wort **vindicare** hindurchzieht, mag von der Geltendmachung der **hereditas** oder des lediglich Prätorischen Erbrechts die Rede sein. Aus dieser letzten Stelle sehen wir nur durch den zufälligen Zusatz: **hereditatis petitione**, daß unter dem Ausdruck **vindicare** die **hereditatis petitio** verstanden sein soll, wie dies ja auch von vorn herein nicht anders zu erwarten war. Und danach behält unsere Stelle dieselbe Beweiskraft, mag man auch annehmen, daß der Kaiser an einen Civilerben rescribire, während freilich die sehr viel natürlichere Auffassung ist, daß er es dahin gestellt sein läßt, ob er bloß auf Prätorisches oder auf Civilrecht sich stützt [5]).

---

5) Es ist noch eine andere Stelle Diocletians anzuführen, in der die **hereditatis petitio** den Einzelvindicationen, welche sie bekanntlich nicht mit umfaßt, entgegengesetzt wird. Sie zeigt die vollkommene Identität der beiden Ausdrücke **hereditatis petitio** und **successionis vindicatio**, und ist also, wenn sie auch gar nicht besonders von der Klage des **bonorum possessor** spricht, für uns völlig beweisend, da in den vorhin angeführten Stellen die **successionis vindicatio** dem **bonorum possessor** so constant zugeschrieben wird. Die Stelle beweist auch ferner, daß man ganz technisch **successionis vindicatio** durchaus in demselben Umfange wie die her. pet. nahm, so daß man also auch nicht den Gedanken fassen kann, es sei darunter nur im Allgemeinen „petitorische Geltendmachung des Erbrechts", also auch die Vindicationen des Erblassers zu verstehen. Die Worte der l. 4. C. **in quib. caus. cessat longi temp.**

Digitized by Google

Jedenfalls aber wird nach den angeführten Stellen zugegeben werden müssen, daß zur Zeit Diocletians dem **bon. possessor** die **her. pet. possessoria** zugestanden wurde. Gerade dieser Ausdruck findet sich freilich nicht, und es kommt auch überhaupt wenig darauf an, ob ihn Justinian bei jener Compilirung des Pandektentitels erst gemacht habe oder nicht. Aber die Sache ist in den Vorjustinianeischen Constitutionen bereits vollkommen enthalten. Dies leuchtet auch namentlich noch aus einer anderen Stelle Diocletians hervor, worin klar genug die Auffassung der damaligen Zeit von der gleichmäßigen Geltendmachung des civilen und Prätorischen Erbrechts enthalten ist.

8) l. 14. C. de jure deliberandi. — **Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure, licet res ex ejus bonis descendentes non probetur tenuisse, heres tamen effectus contra possidentes experiri potest.**

Wir haben hier eine Umschreibung der **her. pet.** gleichmäßig für beide Fälle, daß Jemand **civili** und **honorario jure successit**, und auch hier ist es durchaus unwahrscheinlich, daß nur an einen Civilerben gedacht sei. Man sieht offenbar die völlige practische Gleichstellung des **civile** und **honorarium jus**, indem sich auf Beides gleichmäßig der Satz: **heres tamen effectus** bezieht, was durchaus denselben Sinn hat, als die obige Stelle, worin von drei Emancipirten gesagt wird: **heredes eos exstitisse.** Die Stelle zeigt deutlich genug, daß es nur der Antretung nach Civil- oder Prätorischem Recht bedarf, um definitiver Universalsuccessor, oder, wie man jetzt im weiteren Sinn sagt: **heres** zu werden, und dann auch mit einem und demselben Rechtsmittel die Erbschaft gegen den Besitzer vor dem **praeses** verfolgen zu können.

---

pr. lauten nämlich: **Hereditatem quidem petentibus longi temporis praescriptio nocere non potest. Verum his, qui nec pro herede, nec pro possessore, sed pro emto, vel donato vel alio titulo res, quae hereditariae sunt vel fuerunt, possident, quum ab his successio vindicari non possit, nihil haec juris definitio noceat.**

Digitized by Google

Diese Stellen Diocletians sind wahrscheinlich alle später als das Gesetz vom Jahre 294, wodurch der **ordo judiciorum** aufgehoben wurde [6]), jedenfalls ist keine derselben vor dem Jahre 294 erlassen. Aber auch wenn das nicht der Fall wäre, so würde die Gleichheit der Terminologie zeigen, daß zwischen dem **vindicare hereditatem** und der **successionis vindicatio ex bon. poss.** höchstens noch ein rein formeller Unterschied bestand, der, wenn er überhaupt bei Erlassung einer dieser Constitutionen noch vorhanden und in practischem Gebrauch war, unmöglich einen Unterschied in der Bezeichnung der Erbrechtsklage veranlassen konnte. In der Folgezeit wurde übrigens der Ausdruck **vindicare** noch in viel allgemeinerem Sinne gebraucht, und so muß man z. B. Stellen des Arcadius [7]) genau von der unter Diocletian gangbaren Terminologie trennen.

Die Entstehung der **her. pet. possessoria** scheint mir hiermit gerechtfertigt. Sie ist das Erzeugniß einer neuen Zeit, in der sich der **b. p.** allmählig ein anderer Begriff untergeschoben hat. Wir haben nun noch die Rückwirkungen dieser **vindicatio** auf die bisherigen Klagen aus der **b. p.** zu prüfen. Sie ist daraus hervorgegangen, daß weder **fictitiae actiones**, noch das **Int. quor. bon.** mehr passend das durchsetzten, was ein **bon. possessor** von dem **praeses** jetzt anerkannt wissen will. Sie umfaßt also auch dasselbe, was man mit der **her. pet.** einklagt, d. h. Einforderung der **corpora hereditaria** und Einklagung der Schuldner, wobei der Kläger sich auf den Grund stützt, daß er **honorario jure successit**, und also als Nächstberechtigter, wenn auch kein **heres** im alten Sinn, doch nicht minder definitiver Universalsuccessor geworden sei. Daneben kann er nun auch noch die dinglichen Einzelklagen des Erblassers geltend machen, welche nach dem Untergang des **ordo judiciorum** ebenfalls nicht mehr **fictitiae actiones** genannt werden können, denn wenn auch nach alter Auffassung

---

6) l. 2. C. de pedan. judic.

7) l. un. Th. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 388. Note 8.)

Digitized by Google

der **bon. possessor** nur **loco heredis** ist, so ist doch die Durchsetzung vor dem **praeses** ganz dieselbe, als wenn ein wahrer **heres** diese Klagen anstellt; nur daß man theoretisch einem Prätorischen Erben bloß das **in bonis** (also die **Publiciana actio**) zugestand, das erst durch einjährigen Besitz ins Quiritische Eigenthum zu verwandeln war, während dieses der civilrechtliche Erbe gleich von Anfang hatte, ein Unterschied, der sich aber auch schon mehr und mehr zu verwischen begann. Danach ist also von jenen **fictitiae actiones**, die sich ja auch in der Justinianeischen Compilation nicht finden, schon seit Diocletians Zeit nicht mehr die Rede [8]), es ist Alles zusammengeflossen in den einen Satz, daß, wer nach Civil- oder Prätorischem Recht erbt, nicht bloß die **hereditatis petitio**, sondern auch die Einzelklagen des Verstorbenen hat [9]).

Ebenso könnte man nun auch meinen, daß das **Int. quor. bon.** in die allgemeine **vindicatio** hätte aufgehen müssen, weil ja die Einforderung der **corpora hereditaria** in dieser vollkommen und petitorisch enthalten war. Wozu nutzt noch ein bloß **possessionis quaestionem** enthaltendes Verfahren? Wie überhaupt ist ein solches nur denkbar, da das **honorario jure succedere** jetzt ein definitives Erbrecht geworden ist, also das Rechtsmittel zur Schützung der agnoscirten **b. p.** nothwendig ein petitorisches sein zu müssen scheint? Ich bleibe die Antwort auf diese Fragen einstweilen schuldig, wir werden ihnen

---

8) Dies erkennt auch v. Löhr an. Magazin III. 336. Dernburg Gesch. der Röm. Test. S. 258.

9) In l. 9. C. de her. pet. wird noch besonders hervorgehoben, der qui honorario oder civili jure successit, könne her. petitione vindiciren die res hereditarias, quae in eadem causa sunt, d. h. welche noch als res hereditariae, also pro herede oder pro possessore besessen werden, und darin liegt stillschweigend, daß, wenn sie nun aus einem anderen Grund besessen werden (also z. B. bona fide veräußert werden), noch die Singularvindication bis zur Ersitzung vorhanden ist, wie dies l. 7. C. eod. ausdrücklich ausspricht. — Also die Einzelklagen auch des honorario jure Succedirenden bestehen fort, aber man denkt nicht mehr daran, sie noch als besondere fictitiae actiones aufzuführen, eben so wenig als man seine her. pet. eine fictitia vindicatio nennt.

Digitized by Google

das letzte Kapitel dieſes Buchs zu widmen haben. Einſtweilen möge hier nur bemerkt werden, daß das **Int. quor. bon.** in der Kaiſerzeit entſchieden fortbeſteht, und zwar als ein keineswegs unwichtiges Inſtitut, indem wir die Kaiſergeſetze ſich mehrfach mit demſelben beſchäftigen ſehen.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Umgestaltung des Begriffs und der einzelnen Klassen der b. p.

§. 126. Wir haben jetzt kennen lernen, wie sich in Beziehung auf die petitorischen Rechtsmittel das civile und Prätorische Erbsystem ausgeglichen haben. Diese Veränderung ist von uns an die Aufhebung des ordo judic. priv. unter Diocletian angeknüpft worden, aber es verdient nochmals hervorgehoben zu werden, daß diese Anknüpfung sehr viel mehr eine äußerliche ist, die nur den unzweifelhaften Endpunkt der Rechtsentwicklung angiebt, als daß sie der eigentliche innere Veranlassungsgrund wäre. Dieser innere Grund besteht vielmehr darin, daß die fortschreitende Zeit mit der b. p. einen anderen Begriff verband, woraus denn von selbst hervorgeht, daß seit die Verschiedenheiten in der formellen Conception der Klagen hinwegfielen, nothwendig die Durchsetzung des civilen und Prätorischen Erbrechts auch äußerlich dieselbe Gestalt gewinnen mußte.

Ganz derselbe Gesichtspunkt scheint mir nun auch bei den Punkten festgehalten werden zu müssen, zu denen wir jetzt übergehen. Wir haben zuerst die Veränderungen kennen zu lernen, welche in den einzelnen Klassen der Erbberechtigung, also in Beziehung auf die Delation vor sich gingen, worauf dann die Umgestaltungen der formellen Agnitionsregeln, also der

Digitized by Google

Acquisition des Prätorischen Erbrechts folgen müssen. Ich glaube der Verlauf der Darstellung wird es zeigen, daß die kaiserlichen Bestimmungen, welche wir in Bezug auf beide Fragen in unseren Quellen finden, es durchaus nicht als Ziel vor Augen haben, den Begriff des Prätorischen Erbrechts mit dem des Civilrechts zu verschmelzen. Und nun ist es doch nicht zu läugnen, daß in der Kaiserzeit diese Verschmelzung vor sich gegangen ist, daß man die Agnition der b. p. ganz eben so als definitives Erbewerden betrachtete, wie die her. aditio. Wir haben also (und das soll eben die folgende Darstellung rechtfertigen) die Sache gerade umgekehrt aufzufassen. Die Umgestaltung des Begriffs der b. p. lag schon vor, sie ist durch keine einzelne kaiserliche Verfügung oder durch eine Mehrzahl derselben hervorgerufen, sie ist durch die Zeit und die veränderten Verhältnisse von selbst entstanden, mit anderen Worten sie ist eine gewohnheitsrechtliche. Die einzelnen kaiserlichen Verfügungen setzen sie stets voraus, sie beziehen sich bei der materiellen Identität beider Erbrechtsbegriffe, meist nur auf gewisse äußere Schranken und Unterschiede, die noch zwischen ihnen bestanden, und die noch ganz besonders als der Rechtsänderung bedürftig dem Auge auffallen mußten. Manches davon wird eingerissen, aber umgekehrt Vieles geht geradezu darauf aus, die formellen Unterschiede noch aufzubewahren. Die Schriften der klassischen Juristen hatten direct practische Autorität; wenn sie von b. p. sprachen, so verstand man in der späteren Zeit doch etwas Anderes darunter, als die schreibenden Juristen es gemeint hatten; um so lieber aber mußte man einiges Außerordentliche in der Begründung, Erlangung und Geltendmachung des Erbrechts aufrecht halten, damit der Gegensatz, der in den Schriften der klassischen Juristen vorlag, nicht ganz unverständlich werde.

Wenn wir also die Umbildung der b. p. nicht als ein Werk der kaiserlichen Gesetze, sondern die kaiserlichen Gesetze als die nothgedrungene Folge jener Umbildung betrachten, so haben wir doch aber noch genauer, als in der bisherigen Untersuchung über die her. pet. poss. geschehen konnte, anzugeben, was wir unter den veränderten Verhältnissen verstehen, welche als der wahre Grund der ganzen Rechtsände-

rung anzusehen seien. Wir können uns nämlich das im vorigen Kapitel Gesagte noch nicht genügen lassen. Daß man nach dem Verfall der Jurisprudenz den Begriff der **b. p.** aus ihrer gewöhnlichen Gestalt, namentlich der **b. p. cum re**, entnahm, war allerdings schon hinreichender Grund, dem **b. possessor**, der dauernd das Vermögen behalten sollte, eine **hereditatis** oder **successionis vindicatio** zuzusprechen. Aber wenn weiter keine Gründe vorlägen, so würden wir die **b. p. sine re** noch immer als fortbestehend annehmen müssen, wenn gleich jetzt unter dem Charakter von Ausnahmen, während sie früher umgekehrt die eigentliche Grundlage des juristischen Begriffs der **b. p.** bildete.

Aber es wird sich zeigen, daß die Umgestaltung der **b. p.** eine viel tiefer eingreifende war, daß die **b. p. sine re** nicht bloß zu einem Complex von Ausnahmsfällen herabsank, sondern daß sie schon zu Diocletians Zeit völlig untergegangen war. Man verstand unter **b. p.** ganz ausnahmslos definitives Erbrecht.

Die Beweise für diesen Satz sind, soweit sie hier überhaupt schon mitgetheilt werden können (s. unten §. 147), jetzt sogleich zur Prüfung vorzulegen.

§. 127. Ich habe bisher schon mehrfach Gelegenheit gehabt, hervorzuheben, daß die **b. p.** ein Complex von Rechtsregeln ist, die der Prätor selbst bei der Regulirung der Erbfälle befolgt [1]), nicht etwa Sätze, deren Ausführung und Beobachtung einem Dritten, einem **judex** überlassen worden wären. Daraus erklärt sich so mancherlei in der Gestaltung dieser Rechtssätze selbst, sie setzen so häufig ein sehr weitgreifendes freies **arbitrium**, wie es das des Prätors war, voraus, damit sie erst ihre practische Brauchbarkeit und Leichtigkeit erhielten. Ich meine damit nicht, daß es unvollständige Rechtsregeln waren, weßhalb denn das, was im Edicte nicht stand, stets in der Praxis durch die **decretalis bon. poss.** hätte ausgefüllt werden müssen [2]). Die Art, wie die letztere in den Quellen er-

1) Band I. S. XIX. S. 176.

2) So faßt v. Löhr Magazin III. S. 339. die Sache auf.

Digitized by Google

wähnt wird, deutet nicht auf ein so weit greifendes Gebiet derselben hin, daß mit ihrem Wegfallen die ganze b. p., auch gerade die edictalis, eine andere Gestalt hätte gewinnen müssen.

Es sind vielmehr Rechtsregeln, die, an und für sich vollständig, eine häufige Anwendung der decretalis b. p. gar nicht voraussetzen, die aber stets das directe Eingreifen des Prätors, ihres Urhebers, und nicht in jedem Falle die Anordnung eines besonderen Processes unter einem judex zur stillschweigenden Voraussetzung haben. Es ist dies eine innere Eigenthümlichkeit dieser unserer Lehre, wodurch sie sich von so vielen anderen, auch des Prätorischen Rechts, unterscheidet. Diese Eigenthümlichkeit ist auch dadurch gar nicht verwischt, daß das ganze Prätorische Recht durch Hadrian besonders fixirt wurde, und einen mehr gesetzlichen Charakter annahm [3]). Die Hauptpunkte standen schon ohne das durch Gewohnheitsrecht vollkommen fest, und die innere Eigenthümlichkeit der Rechtssätze der b. p. besteht auch nach Hadrian ebenso wie vorher; sie setzen immer voraus, daß im practischen Leben der Prätor vorhanden war, der als Regulirer der Erbschaftsangelegenheiten ihnen ihren wahren Sinn und ihre rechte practische Durchführung gab. Solchen Zustand haben offenbar die klassischen Juristen auch nach Hadrian vor Augen [4]), und er muß nothwendig angenommen werden, um es recht zu verstehen, wie jene vielen Regeln, wonach b. p. peti non potest, oder wo die b. p. data non intelligitur, gemeint seien, und wie auch da, wo b. p. recte data

---

3) Auch dies scheint mir v. Löhr a. a. O. S. 335. zu sehr hervorzuheben.

4) Aus ihren Fragmenten ist ja auch im Bisherigen hauptsächlich die Darstellung der hiehergehörigen Punkte entnommen. Ich verweise auf die Entwicklung der bedingenden und vernichtenden Beweise bei den einzelnen Klassen. Bd. 1. S. 171. ff. S. 201. ff. S. 391., ferner oben §. 66. 67. 97. 98. 103. — s. auch §. 113. Note 9 a. In der Zeit der ausgebildeten b. p. wollte der Prätor alle die verschiedenartigsten Interessen, welche bei einem Erbfalle auftauchen, berücksichtigen, Niemandem soll sein beneficium captiosum sein. Dazu aber genügten nicht bloß im Edict aufgestellte Regeln, es bedurfte auch in jedem einzelnen Falle einer umsichtigen, von practischem Takte geleiteten Thätigkeit.

Digitized by Google

est, noch keineswegs ein definitives Erbrecht, sondern nur ein interimistisches Besitzes- und Verwaltungsrecht der Erbschaft vorliegt, das nur in Folge von Zufälligkeiten oder besonderen Ausnahmen zu einem dauernden Behalten der Erbschaft wird. (b. p. cum re.)

Kurz gesagt, man muß stets im Auge behalten, daß die Ertheilung der b. possessiones eine Sache des Prätorischen Imperiums ist [5]), und daß ähnlich wie bei den In integr. restitutiones, die practische Durchführung der Edictsregeln in der Hand des Magistrates selbst liegt. Aber freilich zu solcher Handhabung gehört juristischer Takt und ausgebildete Rechtskenntniß, welche wir, so lange die klassischen Juristen vorhanden waren, doch gewiß bei den Prätoren oder wenigstens ihren Assessoren voraussetzen dürfen. Es gehört dazu die freie Stellung, welche der Prätor auch noch in der ersten Kaiserzeit in Bezug auf die Jurisdiction einnahm. So lange eine lebendige Rechtskenntniß und ein practischer Takt in den Juristen und den Leitern der Jurisdiction vorhanden war, so lange der Prätor nicht zu einem gewöhnlichen Beamten und Richter in unserem heutigen Sinn herabgesunken war, konnte und mußte man das civile Erbrecht, wo Alles ohne Zuthun des Magistrats geschieht, von dem Prätorischen, wo das Eingreifen desselben so sehr hervortritt, als zwei genau getrennte Systeme einander gegenüber setzen.

Als aber der juristische Sinn sich immer mehr abstumpfte, als überhaupt die Magistrate zu einer weit untergeordneteren Stellung, zu bloßen Richtern, wurden, da mußte die Thätigkeit der Beamten bei Ertheilung der b. p. eine ganz andere werden. Die Agnition derselben konnte nicht mehr ein Act bleiben, bei dem sogleich der Magistrat mit Berücksichtigung von bedingenden und vernichtenden Beweisen die Sache so einrichtete, daß die Erbschaftsangelegenheit so rasch wie möglich regulirt würde, sie mußte das werden, was man heutzutage so vielfach auch für jene früheren Zeiten angenommen hat, eine bloße Anzeige beim Richter, daß man die Erbschaft antreten wolle. Eine causae cognitio von Seiten des Richters

5) fr. 1. de jurisdict.

Digitized by Google

kam nicht mehr vor; wenn ihrer Mehre sich zugleich oder nach einander meldeten, so kam es hinterdrein zu einem ganz gewöhnlichen Proceß, der dann nach den Rechtsregeln des Civilrechts und Edicts, wie sie aus den Schriften der Juristen weitläuftig zu ersehen waren, entschieden wurde. Jetzt hieß, wenn z. B. Ulpian von einem Fall geschrieben hatte: **b. p. peti non potest**, das so viel als: „der Agnoscirende hat kein Erbrecht," und überhaupt alle Sätze der **b. p.** wie sie in den klassischen Schriften standen, waren, wie die des Civilrechts, gewöhnliche Rechtsregeln geworden, die nicht ein Magistrat nach bestem Ermessen auch ohne Proceß regulirt, sondern denen der Richter, wenn bei ihm ein wahrer Proceß anhängig gemacht wird, untergeordnet ist, und wonach er lediglich das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein des Erbrechts in diesem Processe zu entscheiden hat.

Es hat sich dies natürlich nicht auf einmal entwickelt, aber solch ein Zustand muß angenommen werden, als im Jahr 339 das Gesetz erlassen wird, daß vor jedem beliebigen Richter, also auch von verschiedenen Personen vor ganz verschiedenen Richtern, die Erklärung, daß man **b. p.** agnoscire, angebracht werden könne, ein Gesetz, das zur Zeit der klassischen Juristen ebensosehr ein Unsinn gewesen wäre, als es jetzt umgekehrt der sehr natürliche Ausfluß der ganz veränderten Verhältnisse war. Die Verhältnisse haben sich aber nicht erst zwischen Diocletian und Constantius, von dem jenes Gesetz herrührt, geändert. Das was der wahre Grund der Rechtsänderung war, die für die Handhabung solcher Institute wie die **b. p.** ganz veränderte Stellung der Beamten, bestand schon unter Diocletian; der Zustand also, wie wir ihn unter dem Kaiser Constantius annehmen, ist als ein schon zu Diocletians Zeit vollkommen festgestellter zu denken. —

Die Richtigkeit dieser allgemeinen Behauptung läßt sich auch in den einzelnen Theilen des Erbrechts für die Zeit Diocletians nachweisen. Für die Intestatsuccession ist dies aus einem Rescripte des genannten Kaisers zu ersehen, worin das Verhältniß mehrer Klassen der Intestatsuccession auseinandergesetzt wird, dies aber ganz von dem Gesichtspunkte des Erbschaftsprocesses aus, welcher jetzt, wo die Agnition

Digitized by Google

der b. p. eine reine Form geworden war, ganz allein hervortreten mußte. Es kommt lediglich darauf an, ob nach den Rechtsregeln der mit der her. pet. Belangte ein besseres Erbrecht als der Kläger hat oder nicht. Im letzteren Falle siegt dieser, sobald er nur nebenbei auch noch die Formalität beweist, daß er zur rechten Zeit b. p. agnoscirt habe [6]). Der, an welchen dies Rescript erlassen ist, wird als Kläger im Erbschaftsproceß vorausgesetzt, und doch wird von ihm angenommen, er habe b. p. agnoscirt. Nach dem Rechte der klassischen Juristen läge hier eine b. p. sine re vor. Da die b. p. vom Kläger als agnoscirt vorausgesetzt wird, so könnte sie von den ihm vorgehenden consanguinei nicht erbeten sein, deßhalb würde nun erst ihr Gegner den Besitz bekommen, und die consanguinei müßten mit der her. pet. auftreten, wobei dann weiter untersucht würde, ob sie in der That consanguinei seien oder nicht; in ersterem Fall würde die b. p. sine re sein [7]).

Von allem diesen ist jetzt, wie wir aus jenem Rescript sehen, zu Diocletians Zeit nicht mehr die Rede. Die Agnition der b. p. ist nicht mehr ein Mittel, um, wenngleich sie sine re werden würde, vorerst auch gegen den heres das Int. quor. bon. anzustellen und tanquam heres distrahere hereditatem [8]), sie ist ebenso wie die her. aditio nichts als eine besondere Art

---

6) l. 5. C. Comm. de succ. — Amitae, cui successisse filios suos proponis, hereditatem tuo nomine non recte petis. Sed quoniam hos etiam intestatos diem functos asseveras, siquidem hi, quos privignos ejusdem amitae dicis, eorum consanguinei fuerint, fratres tam agnationis (Civilrecht) quam cognationis jure (bon. poss.) secundo gradu constitutos tibi praeferri, (im Erbschaftsproceß), non ambigitur. Nam si, amitinis tuis alio etiam patre natis, nunquam eorum matris privigni sunt (Cujacius vermuthet für nunquam: non consanguinei), admisisse te bonorum possessionem probans, eorum vindica successionem.

7) Gai. III. 37. — Et illud convenienter dicetur, si ad agnatum jure civili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed b. possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem.

8) Gai. IV. 144. fr. 23. de her. inst.

Digitized by Google

der Erbantretung, der dann gegen andere Erbprätendenten die her. pet. folgen muß. Man siegt mit dieser wenn man nächstes Erbrecht (oder wie die Röm. Juristen sich ausdrückten b. p. cum re) hat. Die b. p. sine re ist nichts anderes mehr, als wie wenn Jemand, der nicht heres ist, die her. aditio vornimmt, d. h. eine ganz bedeutungslose Handlung [9]), und so erklärt es sich, daß der Ausdruck in dieser späteren Zeit gar nicht mehr vorkommt [9a]).

Ganz dasselbe, was hier von der Intestatsuccession gesagt ist, gilt ebenso auch von der testamentarischen. Die b. p. sec. tab. war beim non jure fact. test. durch jenes oben besprochene Rescript des Mark Aurel für cum re, den Intestaterben gegenüber, erklärt worden; es entwickelte sich daraus, wie wir alsbald sehen werden, eine eigene Testamentsform, welche sich als Prätorisches neben das Mancipationstestament stellte. Durch beide gelangte man dauernd zur Erbschaft. Jene ganze Wahrscheinlichkeitsrechnung des Prätors, wonach er hauptsächlich dem in einem gültigen Civiltestamente Eingesetzten zum Besitz des Vermögens verhelfen wollte, fiel damit hinweg. Die Agnition der sec. tab. b. p. ist nichts mehr als die Erbantretung aus dem Prätorischen Testament, die, sobald es nur ein gültiges Prätorisches Testament ist, definitives Erbrecht begründet, und mit der successionis vindicatio verfolgt werden kann. Ein Prätorisch gültiges Testament ist aber da vorhanden, wo nach früherer Ausdrucksweise die b. p. cum re war. Alle übrigen Fälle dagegen (wobei früher die b. p. quae data non intelligitur und die b. p. sine re unterschieden wurde), haben jetzt nur den Sinn, daß der b. possessor trotz seiner

---

9) Sie ist also mit dem Begriff der b. p. quae data non intelligitur völlig zusammengefallen.

9a) Nur einmal kommt bei Diocletian der Ausdruck b. p. cum re vor l. 25. C. de inoff. test., aber schon in dem den Juristen fremden Sinn für „eine gültige b. p." Denn bei Potestativbedingungen, wie die in dieser Stelle erwähnte, wurde vor Erfüllung derselben gar keine b. p. sec. tab. ertheilt. fr. 23. §. 1. de her. instit. Puchta Pandekten §. 457. S. 637. Der Basilikenscholiast (Heimb. IV. p. 36.) übersetzt es deßhalb auch ganz richtig mit ἐνδυνάμως.

Digitized by Google

formellen Agnition mit seiner **successionis vindicatio** nicht durchzudringen vermöge.

Rechnen wir nun noch die Klassen **contra tab.** und **unde liberi** hinzu, wo ausnahmsweise auch schon nach früherem Recht die agnoscirte b. p. stets regelmäßig definitive Universalsuccession ertheilte, so rechtfertigt sich folgendes Resultat:

Man betrachtet jetzt die b. p., d. h. den Inbegriff der Fälle, wo sie nach früherer Ausdrucksweise **cum re** hieß, lediglich als eine Art des definitiven Erbewerdens, welches ganz auf derselben Stufe mit den Erbberechtigten steht, die schon das Civilrecht ruft. Es ist jetzt ein gemeinsamer Begriff des Erbewerdens geschaffen, welcher gleichmäßig im Notherbenrecht, der testamentarischen und der Intestatsuccession auf civilem oder Prätorischem Rechte ruhen kann, aber in beiden Fällen durchaus nicht verschieden ist. Für diesen einzigen Begriff des Erbrechts bestehen drei verschiedene Formen der Antretung (**cernere, pro herede gerere** und **b. possessionem agnoscere**), deren eine vorgenommen sein muß, um die **her. pet.** anstellen zu können. Man siegt mit dieser, wenn man nächstes Erbrecht hat [10]).

§. 128. Für dieses Resultat müssen nun sogleich die Zeugnisse der Quellen beigefügt werden.

I. Die Darstellung der klassischen Juristen zeigt klar genug, daß man sich **hereditas** und **bonorum possessio** als zwei gesonderte Systeme denkt, die schon dadurch so wesentlich geschieden sind, daß die letztere durch das **imperium** des Prätors regulirt wird, und auch (in Bezug auf die Geltendmachung des **Int. quor. bon.**) noch nach der Ertheilung von demselben abhängig bleibt [1]). Sie nennen das Ganze ein **beneficium Praetoris**, dessen Inhalt sie aus der **hereditas** erklären, indem der **b. possessor loco heredis** sei, also ein Recht habe, welches durch Prätorisches **beneficium** der **hereditas** ähnlich sei.

---

10) Die Rangordnung, nach der sich dieses nächste Erbrecht entschied, wird aus der alsbald folgenden Darstellung der einzelnen aus Civil- und Prätorischem Recht zusammengeschmolzenen Erbklassen zu ersehen sein.

1) Bd. I. S. 328.

Digitized by Google

Heutzutage gebrauchen wir auch wohl von der klaſſiſchen Juriſtenzeit die Ausdrücke: es ſei Jemand in einem gewiſſen Fall Erbe nach Civilrecht, in einem anderen Fall Erbe nach Prätoriſchem Recht. Indeß iſt das ganz gegen die Anſchauung der früheren Zeit. Wir würden dem Sinn der von ihnen gebrauchten Worte viel näher kommen, wenn wir etwa ſagten: in dem einen Fall ſei Jemand Erbe, im anderen Erbſchaftsverwalter, denn bei dieſem letzteren iſt auch die Möglichkeit nicht ausgeſchloſſen, daß aus einer interimiſtiſchen Regulirung ein in gewiſſen Fällen definitives Behalten werde [2]). Die Römer haben noch nicht ein drittes Wort und alſo auch noch nicht den Begriff, wie wir ihn mit dem Ausdruck Erbe verbinden, der Beides gleichmäßig zu einem Ganzen macht [3]). Sie haben eben nur Zweierlei, wovon das Eine an das Andere angelehnt wird, aber doch noch immer ſich ſo viel unterſcheidet, daß man nicht Delations- und Acquiſitionsregeln von Beiden als ein Ganzes zuſammenwerfen konnte. Eine ſolche Darſtellung, wie ſie uns z. B. geläufig iſt: das Erbrecht werde erworben durch **cretio, pro her. gestio** oder **b. possessionis agnitio** iſt von ihrem Standpunkte aus ganz unpaſſend, wir müßten, um ihrer Anſchauung gleich zu kommen, etwa ſagen: das Erbrecht wird erworben durch **cretio** und **pro her. gestio**, indeß kann man auch durch Prätoriſche Vergünſtigung das Vermögen bekommen.

Ich will nicht ſagen, daß wir wirklich ſo reden ſollen, aber wir müſſen nur genau die Redeweiſe der damaligen Zeit beachten. Aus den Worten erkennt man den Sinn, und ſo

2) Es iſt, wie bei der Ausübung einer fremden Forderung. Dieſe Ausübung geſchieht durch einen interimiſtiſchen Repräſentanten (**procurator in rem alienam**, gleichſam **sine re**) oder durch einen definitiven (**in rem suam**; gleichſam **cum re**). Aber in dieſem letzteren Fall iſt darum der **procurator** doch nicht der eigentliche Gläubiger geworden, ebenſowenig wie der **b. possessor cum re**: Erbe.

3) Ganz etwas Aehnliches iſt, wenn wir ſagen: Volksſchlüſſe und Kaiſerconſtitutionen ſind Geſetze. Die Römiſchen Juriſten haben gar nicht dieſen gemeinſamen Begriff, ſie lehnen Alles Spätere, Conſtitutionen, SCta etc. an die Volksſchlüſſe an, und ſagen, ſie hätten **legis vicem**.

Digitized by Google

zeigen sie auch hier, daß die b. p. damals durchaus noch nicht den Begriff des definitiven Erbewerdens in sich als nothwendiges Requisit aufgenommen hatte.

Wenn aber die b. p. schon unter Diocletian das geworden war, was ich vorher ausgeführt habe, so mußte sich nothwendig auch die Redeweise ändern, und das ist denn auch sehr klar zu erkennen. Aus den Constitutionen vor Diocletian ist wenig von dem Uebergange der Terminologie zu bemerken, weil wir deren verhältnißmäßig nur wenige haben. Was wir hier finden, schließt sich mehr noch an die frühere Anschauungsweise [4]). Aber in der großen Zahl der Constitutionen von Diocletian und Maximian tritt die Umgestaltung unverkennbar hervor.

Als der dritte Ausdruck, welcher definitives Erbrecht bedeutete, und so gleichmäßig die hereditas und bon. possessio in ihrer jetzigen Bedeutung umfaßte, lag wohl keiner näher, als das Wort successio. Die frühere Sprache kannte es ja schon genügend [4a]), aber als technische Bezeichnung des einen jetzt vorhandenen Erbrechtsbegriffes tritt es erst unter Diocletian hervor. Dies beweisen schon die oben citirten Stellen, worin successionis vindicatio gleichmäßig die Erbrechtsklage des heres und bon. possessor bezeichnet.

Folgende Stellen Diocletians sind nun noch hinzuzufügen.

1) l. 3. C. unde legit. — Nepotibus avi materni pro virili portione etiam jure honorario successio defertur.

2) l. 4. C. de legit her. — Si aut nullum testamentum nepos patrui tui ordinavit, aut intra quatuordecim

4) l. 1. C. de legit. her. (Alexander. 223.) l. 3. C. de jure del. Gordian. 241.) l. 3. C. de legit. her. (Decius. 250.) — l. 5. C. de jure del. (v. Valerian und Gallen 257.) ist schon der Diocletianschen Redeweise näherstehend.

4a) s. z. B. fr. 40. pr. de legat. III. fr. 1. §. 17. si quadrupes. Von großem Interesse ist fr. 1. §. 4. de munerib. et honorib. (von Hermogenian), worin das civili vel honorario jure succedere ganz im Sinne der späteren Kaiserzeit gebraucht wird, als das definitive Erbewerden im Gegensatz von bloß interimistischen Besitzesverhältnissen, wie die missio ventris nomine oder die b. p. Carboniana, bei denen ein curator bonorum vorkommen kann.

Digitized by Google

annos constitutus fecit, et agnationis jure successio ejus tibi delata est, etiam citra bonorum possessionis subsidium legitimo jure subnixus es.

3) l. 13. C. de jure del. — Suum heredem amissa bonorum possessione paternam successionem obtinere potuisse, certi juris es.

4) l. 8. C. de suis et legit. — Apud hostes patre defuncto, filia communis vobis, quo casu mortis scientia non postulatur, heres exstitit sua, et ad te transmisit successionem.

5) l. 14. C. de jure delib. — Si sorori suae frater tuus civili vel honorario successit jure — — — heres tamen effectus contra possidentes experiri potest.

6) l. 2. C. Quor. bon. — Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem etc.

7) l. 3. C. Commun. de succ. — Vitrico privigni successionem intestati civili vel honorario jure non deberi, certissimum est.

8) l. 10. C. eod. — Nutritoribus hoc nomine nec civili nec honorario jure defertur hereditas.

Wir sehen also das Wort successio in allen möglichen Verbindungen gebraucht: successionem vindicare, successio delata, successionem obtinere, quaerere, transmittere, wir finden diese successio entweder auf das Civilrecht oder das Prätorische gestützt, und in beiden Fällen gleichmäßig die Erklärung hinzugefügt, daß der Succedirende heres exstitit (Nr. 4.) oder heres effectus est (Nr. 5.), wir sehen sogar geradezu, daß hereditas jure honorario defertur. — Ich glaube diese Stellen, im Vereine mit den bei der her. pet. possessoria angeführten, genügen um zu zeigen, daß successio jetzt so viel ist, wie der einzige Begriff des definitiven Erbrechts [5]), der ganz gleichmäßig aus dem jus civile und honorarium hervorgeht.

5) Recht bezeichnend wird dieser Begriff des Definitiven ausgedrückt von Constantius in l. 7. C. qui admitti: — tunc enim emolu-

Digitized by Google

II. Hiermit hängen nun die anderen Stellen zusammen, worin von der Erbantretung die Rede ist, und stets die civile und Prätorische als offenbar bloß verschiedene Formen zur Erlangung eines und desselben Rechtes zusammengestellt werden. Die Römischen Juristen konnten sich das in dieser Vereinigung noch gar nicht so denken, da sie kein gemeinsames, die hereditas und die b. p. cum re bezeichnendes Wort haben. Sie unterscheiden so: um **heres** zu werden (**ut heredes fiant**), muß man entweder **cernere** oder **pro herede gerere** [6]); außerdem kann man aber noch **b. possessionem agnoscere**, wodurch man nicht **heres** fit, sondern nur **heredis loco constituitur**, und worin denn auch noch nicht immer liegt, daß man **cum effectu bona retineat** [7]).

Jenes Erstere (**ut heredes fiant**) nennen sie **hereditatis aditio** [8]), und es ist wohl zu bemerken, daß sie das so abtheilen, wie vorher angegeben ist, in die solenne **her. ad.** (die **cretio**) und die formlose, welche allgemein **pro herede gestio** heißt, aber dann noch wieder in die Antretung durch Handlungen und durch formlose Willenserklärung zerfällt. Die letztere, welche erst nach Labeo's Zeit als genügende Erbantretung anerkannt, und allgemein mit unter den Ausdruck **pro herede gestio** gestellt wurde, erwähnt Ulpian gar nicht [9]), Gaius spricht an einer Stelle allerdings davon, aber durch die Entgegensetzung von **aut — aut** deutet er die eigentlich gebräuchliche Bezeichnung an, woran dann nur noch durch ein **vel** als Nebenpunkt die **nuda voluntas** angeknüpft wird [10]), und so setzt er

---

mentum successionis videtur praetoris jure quaesitum esse, ähnlich wie für einen besonderen Fall sich schon l. 1. C. eod. (von Severus) ausdrückt. s. auch fr. un. pr. si pendente appell. mors interv.

6) Ulp. XXII. 5. 25. 26. Gai. II. 16. sq.

7) Ulp. XXVIII. 10—13.

8) Dies bemerkt schon v. Löhr, Magaz. III. S. 344. Note 1. Die simplex her. ad. dagegen scheint er mir nicht richtig zu bestimmen.

9) Ulp. XXII. 25. Extraneus heres si quidem cum cretione sit heres institutus, cernendo fit heres, si vero sine cretione, pro herede gerendo. 26. Pro herede gerit, qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur etc.

10) Gai. II. 167. potest aut cernendo, aut pro herede gerendo

Digitized by Google

denn an einer anderen Stelle (II. 176.) auch nur das pro herede gerere dem cernere gegenüber.

Dieſe Terminologie befolgen auch noch die Kaiſerconſtitutionen. Sie unterſcheiden bei der civilrechtlichen Antretung (hereditatis aditio) gleichmäßig immer nur die cretio und pro herede gestio, der letzteren wird die Willenserklärung, die für den heres in der Agnition der h. p. liegt, zugerechnet [11]), und Conſtantin [12]) nennt dieſe pro herede gestio, im Gegenſatz zur ſolennen cretio, die **simplex aditio**, wobei er noch genau unterſcheidet: die Erwerbung arrepto rerum quolibet corpore (oder wie Ulpian ſagt: qui rebus hereditariis tanquam dominus utitur) und animi destinatione facta (oder wie Gaius ſagt: nuda voluntate suscipiendae hereditatis).

Während alſo in Bezug auf die Bedeutung von hereditatis aditio, und ihre Eintheilung in cretio und pro herede gestio die Kaiſerzeit noch ganz den klaſſiſchen Juriſten folgt, ſo findet ſich dagegen der große Unterſchied, daß nun dieſer hereditatis aditio (mag man ihre zwei Arten beſonders anführen oder nicht) ſtets die bonorum possessionis agnitio als ganz gleichartig beigeordnet wird, als offenbar bloß verſchiedene Formen zur Erwerbung jenes einzigen jetzt vorhandenen Erbrechtes, der **successio**.

Dies zeigen folgende Stellen Diocletians:

9) Consultatio veteris JCti. (Bonner Ausg. S. 402.) — Manifesti atque evidentis juris est, antequam **cerneret** vel **pro herede gereret**, vel **bonorum pos-**

---

vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri. Es wird nachher erwieſen werden, daß man in früherer Zeit zur Erbantretung, wenn nicht die Form der cretio eintrat, doch wenigſtens die factiſche Einmiſchung für nöthig hielt, um daraus zu erſehen, ob die Willenserklärung eine ernſtliche war, und daß man dann erſt ſpäter und zwar, wie im Text angegeben iſt, erſt nach Labeo die nuda voluntas suscipiendae hereditatis der pro herede gestio gleichſetzte, und mit unter demſelben Worte begriff.

11) l. 12. C. de jure del. (Dioclet.). — Puberum agnoscentem bonorum possessionem, posteaquam ei fuit hereditas delata, **pro herede gerere** non ambigitur.

12) l. 1. Th. C. de legit. her. (V. 1.)

sessionem peteret defuncta, successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere [12].

10) l. 4. C. unde legit. — Non hoc, an tenuerit quis res hereditarias, nec ne, sine voluntate acquirendae sibi hereditatis, quaerendum est, sed an admisit hereditatem vel bonorum possessionem [14].

11) l. 8. C. de legit. her. — Si his, de quorum successione agitur, apud hostes defunctis secundum legis Corneliae beneficium jure agnationis adita hereditate vel petita bonorum possessione successisti, eorum substantiam vindicare non prohiberis.

12) l. 2. C. Comm. de succ. — Si pater tuus propiori sobrino tuo agnato constituto et intestato defuncto, civili jure adita hereditate, vel hoc ab initio non interveniente, seu capitis diminutione peremto, solenniter bonorum possessione admissa, successit, ac tibi patris tui quaesita hereditas est, adire praesidem provinciae debes, ac tutorem ejus de tutela convenire.

§. 129. Nach dieser Entwicklung des schon unter Diocletian vollkommen feststehenden Begriffs der successio, liegt es mir ob, die Umgestaltungen der einzelnen Erbklassen, soweit die successio daraus deferirt wird, nachzuweisen. Es theilt sich dies unter die drei Rubriken des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und des Intestaterbrechts. Bei der ersten und letzten derselben kann ich sehr kurz sein, bei der ersten, weil dabei nichts Wesentliches in der späteren Kaiserzeit verändert worden ist, bei der letzten, weil ich wohl ohne Tadel zu befürchten, ausscheiden darf, was für

---

13) Im Justinianeischen Codex (l. 7. de jure del.) fehlen die Worte cerneret vel.

14) Hereditas ist hier offenbar in doppelter Bedeutung genommen. Das letztemal für Civilerbrecht, vorher aber in dem gemeinsamen Sinn, wonach es Civil- und Prätorisches Recht umfaßt, also gleichbedeutend mit dem gewöhnlicheren Wort successio, in welchem Sinn wir heres und hereditas schon in Nr. 5. u. 8. gebraucht gefunden haben.

Digitized by Google

den Gang der Untersuchung nicht nothwendig ist, und dessen Darstellung, ohne weitere Frucht darzubieten, viel Raum erfordern würde. Die Entwicklung des gesammten Intestaterbrechts bis auf Justinian (worin sich **bon. poss.** und **hereditas** nicht mehr trennen lassen würde), wird man in diesem Werke wohl schon von vorn herein nicht erwarten. — Nur bei der testamentarischen Succession werden wir etwas länger verweilen müssen, da hier die Entwicklung des Prätorischen Testaments sich so eng an die bisher schon gegebenen Untersuchungen über die **b. p. sec. tab.** anknüpft, daß diese selbst erst durch die Feststellung des Endpunktes, zu dem man gelangte, ihre volle Sicherheit gewinnen können.

I. Im Notherbenrecht war in der Kaiserzeit neben dem formellen Recht der sui, das, wie wir gesehen haben, durch die **contra tab. b. p.** weiter ausgedehnt wurde, das viel weiter greifende materielle Pflichttheils- und Inofficiositätsrecht in fortwährendem Gebrauch. Beide auf so verschiedenen Grundlagen (jenes auf agnatischem, dieses auf cognatischem Recht) aufgebauten Systeme des Notherbenrechts erkennen sich auch nebeneinander in demselben Falle so viel als möglich an, was wir aus der Bestimmung der **c. t. b. p.** ersehen haben, daß die den **parentes et liberi** ausgeschriebenen Vermächtnisse und Institutionen bestehen bleiben.

Dies Nebeneinanderbestehen des formellen und materiellen Notherbenrechts setzen auch die Kaiser voraus, und namentlich Ersteres hat bis auf Justinians **l. 4. C. de lib. praeter.** seine Gestalt nicht verändert.

Interessant ist hier die Darstellung Valentinians III. [1]:

> **Ne tamen hoc testamenti genus plus justo muniisse credamur, si quis sibi vel inofficiosi querelam, vel praeteriti competere duxerit actionem, hanc utramque secundum juris et legum statuta servamus.**

Unter der **praeteriti actio** ist offenbar das formelle Civilnotherbenrecht und die **contra tab. b. p.** gemeint, und wir sehen daraus wieder die völlige Identität, unter die man die here-

1) Nov. Valent. III. de testam. XX. 1. §. 6.

ditas und b. p. stellte. Die her. petitio ab intestato und die aus der c. t. b. p. erscheinen völlig als eine einzige actio praeteriti, denn die Verschiedenheit in Bezug auf die Erbantretung (daß der fil. jam natus und der postumus vor der Klage eine her. aditio, die ceterae liberorum personae und die emancipati eine agnitio bonorum possessionis vorzunehmen haben) ist natürlich nicht von der Bedeutung, daß man nicht doch die Klage ganz und gar als eine einzige sollte auffassen können.

§. 130. II. Die testamentarische Successsion.

Wir haben im vierten Kapitel des zweiten Buchs die Geschichte der Römischen Testamente und der sec. tab. b. p. bis zu dem wichtigen Rescript des Mark Aurel geführt. Es beginnt mit diesem eine neue Periode ganz anderer Art, und ganz anderen Charakters, als den wir für die frühere Zeit in dem ersten Bande ausgeführt haben. Vieles aus dieser neuen Periode kann ich nach Savignys Abhandlung über diesen Gegenstand [1]) als feststehend voraussetzen, indeß vermag vielleicht die folgende Darstellung noch manchen nicht unwichtigen Punkt in ein klareres Licht zu setzen.

Gleich in Beziehung auf den Anfangspunkt, von dem Savigny ausgeht — daß es nämlich schon zur Zeit der Republik ein civiles und Prätorisches schriftliches Testament gegeben habe — ist nach unseren früheren Untersuchungen die Anknüpfung dieser neuen Periode an die frühere anders zu denken.

Es gab, das setzen wir hier voraus, vor Mark Aurel ein einziges Testament, das Mancipationstestament. Dies konnte schriftlich oder (was aber seltener vorkam) mündlich (testamentum nuncupativum) errichtet werden. In beiden Fällen gab dann auch der Prätor daraus eine b. p. (secundum tabulas und secundum nuncupationem), welche, auf Wahrscheinlichkeitsrechnungen gebaut, darauf berechnet war, dem ver-

1) Zeitschr. f. gesch. R. W. I. S. 78. ff. Dernburg Gesch. d. R. Test. S. 250 führt, Savigny widersprechend, eine Ansicht voll der gewagtesten Combinationen aus, die eine Vergleichung mit den hier ziemlich einfachen und übereinstimmenden Quellenzeugnissen nicht aushält.

Digitized by Google

muthlich auch nach Civilrecht gültig eingesetzten Erben, rasch den Besitz des Vermögens zu verleihen. Nur an die eine dieser **b. possessiones**, nämlich die **secundum tabulas**, hatte außerdem der Prätor den Satz geknüpft, daß wenn sich auch das Testament nach Civilrecht als formell ungültig erwies, der Eingesetzte, falls keine **legitimi heredes** vorhanden seien, das Vermögen behalten, also den Cognaten und Ehegatten vorgehen solle. Mark Aurel dehnte dies aus, so daß der Eingesetzte nun auch den **legitimi** durch **doli exceptio** vorging [2]).

Welche Folgen mußte, das fragen wir nun, diese letztere Bestimmung hervorrufen?

Von vorn herein leuchtet das ein, daß das civilrechtliche schriftliche Mancipationstestament, so wie das **testamentum nuncupativum** und die hieraus zu erbittende **b. p.** davon gar nicht afficirt werden. Ob mit der Zeit hierin nun doch Veränderungen eingetreten seien, darauf werden wir nachher wieder zurückkommen.

1) Gehen wir erst auf jene **b. p. sec. tab.** aus dem schriftlichen Mancipationstestament, worauf sich Mark Aurels Rescript allein bezieht, genauer ein. Bisher war diese **b. p.**, ebenso wie die **secundum nuncupationem** aus einem nuncupativen Testament, lediglich eine eigenthümliche Folge, ein **annexum** des schriftlichen Civiltestaments gewesen, deren sich der **scriptus heres** gern um der besonderen Vortheile des **Int. quor. bon.** willen bediente. Von einem selbständigen Gegenüberstehen dieser **b. p.** und des civilen Testaments konnte ebensowenig die Rede sein, als dies beim nuncupativen der Fall war. Es war nur eben der Keim der ganzen Rechtsänderung bereits vorhanden, daß nämlich, wenn es auch kein formell gültiges Civiltestament war, es doch wenigstens, ebenso wie das **irritum** und **ruptum testamentum**, den Prätorischen Intestaterben vorgehen sollte. Bisher hatte das immer nur den Charakter der Ausnahme, die selten vorgekommen sein mag,

2) Die anderen beiden Fälle des ruptum und irritum testamentum, welche wir oben noch neben dem non jure factum haben kennen lernen, habe ich hier nicht weiter in die Untersuchung hineinzuziehen. Es wird davon noch wieder im Justinianeischen Rechte die Rede sein.

Digitized by Google

denn es war doch das Interesse der Testatoren selbst, wenn sie einmal ein Testament machten, nun auch ein vollkommen gültiges, wodurch auch die Agnaten ausgeschlossen würden, zu errichten; nur wenn ausnahmsweise einmal aus Versehen die Formalitäten der **fam. manc.** und **nuncupatio testamenti** ausgeschlossen oder fehlerhaft vorgenommen waren, kann man sich vor Mark Aurel das Eintreten jenes Aushülfssatzes denken. Seitdem aber gewinnt die Sache offenbar eine ganz andere Gestalt, die Ausnahme wird zur Regel. Bei einem Testamente ist ja das doch jedenfalls die Hauptsache, daß der **scriptus** allen Intestaterben vorgehe, eine Urkunde also, welche die Kraft hat, dem darin Eingesetzten gegen jene sowohl Klage als **exceptio** zu gewähren, kann ebensosehr im natürlichen Sinn ein Testament genannt werden, als wir den einen Eigenthümer nennen dürfen, der im Haben einer Sache dauernd durch Klage und Einrede geschützt ist, auch wenn es ein dem Civilrecht und dem **dominium ex jure Quiritium** ganz unbekanntes Verhältniß ist.

Die **b. p. sec. tab.** ist jetzt nicht mehr ein reines **annexum** des schriftlichen Civiltestaments, sie ist etwas Selbständiges geworden, welches, auf eigenthümlichen Voraussetzungen ruhend, seinen ganz eigenen Rechtsschutz hat. Ebensogut wie man das **in bonis** als natürliches Eigenthum auffassen konnte, so durfte man jetzt die Urkunde, woraus **b. p.** erbeten wird, ein Testament nennen, und zwar zum Unterschiede vom Mancipationstestament sehr natürlicher Weise das Prätorische.

Wir können die Entstehung dieser Terminologie glücklicherweise noch ganz genau nachweisen. In den Pandekten ist, wie ich im ersten Bande bemerkte, von einem **testamentum praetorium** oder **praetorio jure factum** noch gar nicht die Rede; und in Gaius und Ulpian wird ebenfalls nur von dem Mancipationstestament, als dem einzig bestehenden gesprochen; das, was man später das Prätorische Testament nannte, hat noch immer die technische Bezeichnung **testamentum non jure factum** oder **imperfectum**; worin doch klar genug liegt, daß man dasselbe als etwas Ausnahmsweises, eigentlich Ungültiges, betrachtete, daß man es noch durchaus nicht

Digitized by Google

als eine selbständige Regel über ein zweites vollkommen gültiges Testament betrachtete.

Dies Festhalten der klassischen Juristen an der früheren Terminologie auch nach Mark Aurels Rescript trägt aber seine natürliche Erklärung schon in sich.

Das Rescript ist ja gar nicht auf Einführung eines neuen Testaments gerichtet, es dehnt nur den bisher schon beim **non jure factum, irritum** und **ruptum testamentum** bestehenden Schutz gegen die Cognaten, in ersterem Falle auch gegen die **legitimi** aus. In sich selbst ist es nur die Erweiterung einer schon vorhandenen Ausnahme; daß man eine allgemeine Regel darin fand, dazu mußte sich die Rechtsänderung erst gehörig ins Volk eingelebt haben.

Bisher hatte man doch die Vornahme der **familiae mancipatio** und die Aussprechung der **nuncupationis verba** als nothwendiges Requisit bei Errichtung eines Testaments betrachten müssen, jetzt hatte eine Urkunde auch ohne das Kraft gegen die Intestaterben, sobald sie nur von 7 Zeugen besiegelt worden war, aber daß man das nun als eigene ganz selbständige Testamentsform auffaßte, dazu mußte die Sache erst längere Zeit in der Praxis zur Ausübung gekommen sein, es mußte erst im Leben eine gewisse Häufigkeit der nach der Mark-Aurelschen Verordnung sich richtenden Testamentserrichtungen vorkommen. Erst als der Zahl nach ungefähr gleich viel Testamente nach der neuen Regel und nach der alten Ordnung im Leben errichtet wurden, konnte sich das Bewußtsein entwickeln, daß hier wirklich eine neue selbständige Testamentsform vorläge. Außerdem aber mußte, um noch eines besonderen Grundes willen, es offenbar schwieriger sein, und also länger dauern, bis sich dies Bewußtsein vollkommen feststellte, da es der Consequenz eines juristischen Princips, welches den Römischen Juristen sehr klar vor Augen stand, entgegentrat, und dies erst zu überwinden hatte. Ich meine Folgendes.

So lange für das **non jure factum testamentum** nur der Prätorische Satz bestand, daß der darin Eingesetzte den Cognaten und Ehegatten vorgehen solle, war der demselben gewährte Schutz sehr einfach dadurch erlangt, daß eben keine **b. p. unde cognati** und **unde vir et uxor** mehr ertheilt wurde, also der

Digitized by G

scriptus das Vermögen behielt, wenn die Civilintestaterben es ihm nicht abforderten. Das Schutzmittel nun aber, welches ihm seit Mark Aurel gegen diese Letzteren gegeben wurde, war die Ertheilung einer **doli exceptio** oder umgekehrt die Verweigerung derselben, jenachdem der Eine oder der Andere klagend auftrat. Das Testament wird also gar nicht für ein vollkommen gültiges erklärt, an die Einführung einer neuen eigenen Form wird gar nicht gedacht, das Testament ist vielmehr **ipso jure** vollkommen ungültig, nur **per exceptionem** wird es aufrecht erhalten.

Es gehörte Zeit dazu, es erforderte ein tiefes Festwurzeln im praktischen Leben, ehe so etwas bei den Römern sich vollkommen umwerfen, und man das Testament als ein völlig (**ipso jure**) gültiges, dem Mancipationstestamente ganz gleichartiges beiordnen konnte. Ich glaube nicht zu viel zu sagen, daß erst unter Diocletian die alten Formen in der Klagenconception verschwinden, und das civile und Prätorische Recht sich erst in den Begriff der **successio** verschmelzen mußte, ehe dieses Endresultat zum klaren Bewußtsein kommen konnte.

Die Quellenzeugnisse sind denn auch mit dieser Annahme vollkommen im Einklang. Die erste Stelle nämlich, in der wir den Keim zu der weiteren Fortbildung erblicken, ist die von Paulus in der **Collatio XVI. c. 3. §. 1.**:

> **Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt, vel ipsi linum, ut intestati decederent, abruperant: vel hi, quorum hereditas repudiata est, cujusve conditio defecerit. Sane jure praetorio factum testamentum objecta** [3]) **doli exceptione optinebit.**

Das, wodurch sich diese Stelle von der Redeweise des Gaius unterscheidet, ist, daß für **non jure factum testamen-**

---

3) Daß so statt **abjecta** zu lesen sei, haben schon Viele vermuthet. S. d. Blumesche Ausgabe zu dieser Stelle, ferner Fabricius b. p. S. 145. Note 168. Lachmann Versuch über Dosith. auf der letzten Seite. Daß aber sonst der Satz nicht mit Lachmann verändert zu werden braucht (**sive jure praetorio facto testamento objecta doli exceptione optinebitur**), wird die im Text gegebene Erklärung rechtfertigen.

Digitized by Google

tum hier geradezu **jure praetorio factum** geſetzt wird. Zwiſchen beiden bildet Ulpian den Uebergang, der nur den Prätoriſchen Rechtsſatz angiebt, ohne das Reſcript zu erwähnen, und den einen oder den anderen Ausdruck zu gebrauchen [4]). Aber es iſt gar kein Grund vorhanden, daß nicht auch Gaius und Ulpian ſchon ganz ſo wie Paulus hätten ſprechen können, das Reſcript, worauf das Ganze ſich ſtützt, war ja ſchon vorhanden. Sie ſcheinen es nur eben nicht gethan zu haben, aus dem Grunde, den ich vorher angab. Die Sache mußte erſt im Leben mehr Wurzel faſſen, bis dahin blieb man noch immer auf dem bisherigen Standpunkt des Civilrechts ſtehen, und nannte das Teſtament ein **jure civili** ungültiges (**non jure factum**); ebenſogut aber konnte man denn auch bald es ein **jure Praetorio** gültiges nennen [5]). Und darin liegt, daß man jetzt anfing, es als eine ſelbſtändige Teſtamentsform dem Mancipationsteſtamente gegenüber zu ſtellen. Im Uebrigen aber ſtimmt Paulus noch ganz mit der Darſtellung von Gaius überein, er hebt ausdrücklich hervor, daß es nur **jure exceptionis** aufrecht erhalten werde, und wie er überhaupt das Ganze auffaßt, zeigt der Zuſammenhang, in dem es vorgetragen wird. Er ſpricht von der Inteſtatſucceſſion, welche eintrete, wenn Jemand gar kein oder ein ungültiges Teſtament hinterlaſſe. Von Letzterem werden mehre Beiſpiele angegeben, und ſehr bezeichnend wird nun mit **sane** (allerdings, freilich) die Ausnahme daran geknüpft, ſo daß der Sinn offenbar iſt, es trete auch hier eigentlich (**ipso jure**) Inteſtatſucceſſion ein, die aber durch **doli exceptio** doch wieder elidirt werde.

Ganz anders lauten nun aber die Stellen der ſpäteren Zeit, welche ſchon Savigny a. a. O. ausführlich geſammelt hat. Es wird ausdrücklich hier das civile und Prätoriſche

---

4) **Ulp. XXIII. 6.** Vielleicht ſprach er hinterdrein von dem Reſcript, und dieſe Worte ſind nur verloren gegangen.

5) Die Ausdrücke der Römiſchen Juriſten bei Gelegenheit des **irritum testamentum**: „**non enim de jure testamenti maxime quaeritur**“ (§. 107), ferner „**nam et testamentum valet.**“ (§. 110), endlich das „**utroque jure valebit tam civili quam praetorio**“ (§. 106 Note 3.) — ſagen ja ſchon faſt ganz daſſelbe. ſ. auch **fr. 14. de testib.**

Testament als etwas ganz Gleichartiges zusammengestellt [6]), ganz ebenso wie in jenen Stellen Diocletians, die wir haben kennen lernen, überhaupt das **jus civile** und **praetorium** als die Quellen, aus denen **hereditas** (oder **successio**) **defertur**, erscheinen. Man sieht also auch in der testamentarischen Succession, daß ein einziger Begriff des Erbrechts vorliegt, welches freilich auf verschiedenen Formen der Testamente beruhen, eben so gut wie es durch verschiedene Acquisitionsformen erworben werden kann, welches aber darum doch materiell sich eben so wenig unterscheiden läßt, wie dies nach jener Valentinianschen Stelle bei dem civilen und Prätorischen Notherbenrecht der Fall ist. Es ist nicht daran zu denken, daß bei den in Note 6. citirten Stellen man das **testamentum juris praetorii** noch ein **testamentum ipso jure nullum** und **nur ope exceptionis** gültiges nennen könnte, es wurzelt im Rechtsleben gerade eben so fest und mit derselben Kraft als das civile, es ist zwischen Beiden gerade derselbe Unterschied, wie wir heute etwa ein privates und ein richterliches Testament unterscheiden [7]).

Zwischen Paulus, der nur noch den Exceptionsschutz kennt, und Valentinian III. liegt diese Umgestaltung des Prätorischen Testamentes, und es wird also wohl nach den obigen Ausführungen bei weitem das Natürlichste sein, wenn wir sie mit der allgemeinen Umgestaltung des Begriffs der b. p. zusammenfallen lassen, d. h. ungefähr in die Zeit des Diocletian setzen. Es sind übrigens aus dieser Zwischenzeit von Paulus bis Valentinian noch ein paar bis jetzt nicht hieher gezogene Stellen

---

6) In der Nov. Valent. III. de test. (XX. 1.) heißt es ausdrücklich: Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio — judicia suprema componere. In der Interpretatio zu l. 3. Th. C. de testam. (4. 4.) wird ebenfalls das testamentum juris civilis u. juris praetorii erwähnt; in der zu Nov. Theod. II. de test. (XIII.) heißt es: si aliquis praetorio jure condiderit testamentum. Savigny citirt noch Isidor. Or. V. 24., wo ebenfalls vom testamentum juris civilis und juris praetorii die Rede ist.

7) So werden denn auch in der Nov. Valent. noch andere Testamentformen als ganz gleichartig hinzugefügt, wovon alsbald die Rede sein wird.

Digitized by Google

vorhanden, welche wir gleich in einem anderen Zusammenhange kennen lernen werden.

§. 131. 2) Die Wirkungen des Rescripts Mark Aurels sind jetzt entwickelt. Aus der früher sich ganz an das Mancipationstestament anlehnenden **sec. tab. bon. poss.** war ein eigenes Testament geworden. Wir haben nun einen zweiten Punkt ins Auge zu fassen, das Verhältniß des rasch aufgewachsenen neuen Institutes zu dem alten **test. per aes et libram**, welches früher allein die Herrschaft inne hatte. Ich habe schon bemerkt, daß Mark Aurels Rescript dieses Letztere an und für sich gar nicht betrifft, aber dabei bleibt es doch immer möglich, daß, indem sich nun ein selbständiges Prätorisches Testament entwickelte, dies seine bedeutenden Rückwirkungen auch auf jenes äußerte.

Jedenfalls steht das fest, daß es an Häufigkeit der Anwendung natürlich verlor, indem das Prätorische ihm darin gewiß gleichkam, vielleicht es sogar überwog. Aber ganz unterdrückt ist das Mancipationstestament nicht worden, seine Spuren finden sich im Abendlande auch nach Auflösung des Römerreichs bis in das neunte Jahrhundert hinein [1]) neben dem Prätorischen, und wir haben also genauer das Verhältniß zwischen beiden zu verfolgen. In der späteren Zeit ist der Unterschied entschieden der, daß das civile Testament vor fünf Zeugen errichtet, und nur von diesen besiegelt wird [2]), während das Prätorische sieben Zeugen und Siegel erfordert.

Wir finden darin eine auffallende Verschiedenheit von dem, was wir oben im ersten Bande für das Bestehen der **sec. tab. b. p.** vor Mark Aurel angenommen haben. Wie sich das Eine aus dem Anderen habe entwickeln können, ist jetzt darzustellen.

Ich glaube oben bewiesen zu haben, daß die **obsignatio** ein nothwendiges Requisit des schriftlichen Civiltestaments

---

1) Savigny a. a. O. S. 90. ff.

2) Savigny. S. 86. ff. Alle dort angeführten Stellen unterscheiden die **quinque** und **septem testes**, und in einigen (Isidor und l. 3. **Th. C. de test.**) werden auch ausdrücklich die fünf Siegel des Civiltestamentes angegeben.

Digitized by Google

von Anfang an gewesen ist, ebenso wie überhaupt bei der Errichtung auch anderer Urkunden die dabei mitwirkenden Solennitätszeugen dieselbe zu besiegeln hatten. Diesen Satz halte ich für unzweifelhaft, dagegen die Frage, wie viel Siegel ein Mancipationstestament erforderte, ist für die frühere Zeit mancherlei Bedenken unterworfen, und was ich darüber Bd. I. S. 168 geäußert habe, wurde, da überhaupt die ganze Sache an jenem Orte nicht erschöpfend untersucht werden konnte, nur dubitirend aufgestellt. Man kann darüber auch folgende ganz andere Ansicht haben.

Es scheint nämlich an sich vollkommen denkbar, daß von jeher bei dem Mancipationstestament nur die eigentlichen fünf Zeugen, nicht aber der **libripens** und **familiae emtor** regelmäßig siegelten, wobei freilich doch das wieder vollkommen sicher ist, daß die letzteren Beiden, als reine Solennitätspersonen, auch siegeln durften, falls etwa der Erblasser ein besonderes Interesse hatte, es zu wünschen. Nun scheint es für die frühere Zeit, z. B. Cicero's, vollkommen möglich, daß der Prätor seine **sec. tab. b. p.** ertheilte, wenn ihm ein mit fünf Siegeln versehenes Testament vorgewiesen ward, denn uns ist aus dieser früheren Zeit keine Nachricht über die Zahl der Siegel, sondern nur der Satz bekannt, daß der Prätor eine mit so viel Siegeln, als das Civilrecht verlangt, versehene Urkunde voraussetzt (**non minus multis signis signatae, quam e lege oporteat**). Erst später finden wir die Bestimmung, daß der Prätor entschieden sieben Zeugen verlangt [3]), es läßt sich also denken, daß dies auch erst später im Prätorischen Edicte aufgestellt worden sei. So wäre denn das Resultat, daß, während bisher aus jedem auch nur mit fünf Siegeln versehenen Testamente **b. p.** erbeten werden konnte, jetzt die Testatoren freilich noch immer ein vollkommen gültiges Mancipationstestament mit fünf Siegeln errichten durften, dagegen wenn sie dem **scriptus heres** auch die Vortheile der **b. p.** verschaffen wollten, darauf dringen mußten, daß auch der **fam. emtor**

---

3) Gai. II. 119. si septem signis testium signatum sit testamentum. Ebenso Ulp. XXIII. 6. Julian. in fr. 7. de b. p. sec. tab.

Digitized by Google

und libripens noch mitsiegelten [4]). An diese, erst durch das Prätorische Edict hervorgerufene Siebenzahl der Siegel hätte sich dann der Satz angeschlossen, daß, sobald nur sie vorhanden wäre, die Weglassung der reinen Mancipationsformalitäten den Cognaten und Ehegatten gegenüber nichts schaden solle, was nun Mark Aurel nur noch weiter ausgedehnt hätte.

Diese Auffassung hat das Vortheilhafte, daß bei dem Mancipationstestament hiernach von jeher nur fünf Zeugen für nöthig erklärt werden, was so entschieden mit den späteren Quellenzeugnissen übereinstimmt. Aber sie führt die Uebelstände mit sich, daß wir alsdann annehmen müssen, der Prätor habe auf einmal ganz aus der Luft sieben Siegel verlangt, wofür ich wenigstens nicht den geringsten Erklärungsgrund wüßte. Die Sicherheit der Testamente gewinnt doch durch diese Erhöhung der Siegel von fünf auf sieben nicht das Geringste, und noch mehr, man würde sich mit jener Annahme in Folgerungen verwickeln, die entschieden mit den Quellen in Widerspruch stehen. Es würde, wenn wir voraussetzten das Edict erforderte sieben und das Civilrecht nur fünf Siegel, zur Zeit der klassischen Juristen einen Fall gegeben haben, wo einem heres die Agnition der b. p. zur rascheren Besitzergreifung versagt worden wäre. Ich will gar nicht hervorheben, daß dies gegen das ganze Princip und Wesen der b. p. anstoßen würde, daß es ein ganz unerhörter, nirgends in den Quellen hervorgehobener Ausnahmsfall wäre (und ihn anzugeben, würde doch wahrlich der Mühe werth gewesen sein!), da im Uebrigen die b. p. alle heredes, eben weil sie heredes sind, in sich aufgenommen hat [5]). Jene Auffassung ist einfach schon deß-

---

4) Denn unzulässig war ja das keinenfalls.

5) Cic. in Verr. II. 1. c. 44. — Lege hereditas ad gentem Minuciam veniebat. Si habuisset iste edictum, quod ante istum et postea omnes habueruut, possessio Minuciae genti esset data. — L. 2. C. de b. p. sec. tab. — „jure civili testamentum factum videri, ac (und also) secundum nuncupationem b. possessionem deferri, explorati juris est. — Jeder, der neues Civilerbrecht erhielt, trat auch von selbst in irgend eine Klasse der b. p. ein. — Man denke ferner an die Stellen, wo aus der civilrechtlichen Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments auf

Digitized by Google

halb unrichtig, weil die b. p. sec. tab. in den Quellen eine omnibus jure scriptis heredibus verſprochene (§. 3. I. de b. p.), eine confirmandi juris civ. gr. proposita (Bd. I. S. 200.) genannt wird, eine Nachricht, deren Richtigkeit für die Zeit vor M. Aurel zu bezweifeln, nicht der geringſte Grund vorhanden iſt. (Gai. III. 36. fr. 14. de testibus.)

Wir müſſen uns alſo doch zu der ſchon früher von mir geäußerten Anſicht zurückwenden, und daß dieſe auch in ihrer Zuſammenhaltung mit dem ſpäteren Kaiſerrechte durchaus nichts Unwahrſcheinliches hat, bedarf jetzt noch einer weiteren Begründung.

Wenn wir einfach die Edictsworte: non minus multis signis quam e lege oporteat, mit den Zeugniſſen des Julian, Gaius und Ulpian (ſ. Note 3.) zuſammenhalten, ſo ergiebt ſich als die natürlichſte Annahme, daß der Prätor die Zahl der ſieben Siegel aus dem Civilrecht entlehnte, daß alſo das ſchriftliche Mancipationsteſtament von jeher nicht bloß von den fünf Zeugen, ſondern auch vom familiae emtor und libripens beſiegelt wurde. Dies iſt deßhalb ſo ſehr glaublich, weil Letztere, ſeitdem es ein ſchriftliches Teſtament gab, reine Solennitätsperſonen waren, und man alſo ſehr natürlicher Weiſe nur die Unterſchiede zwiſchen dem emtor und den Uebrigen conſervirte, welche ſich in früherer Zeit feſtgeſtellt hatten, als die familiae mancipatio noch nicht eine reine Form war. Deßhalb nennen jene drei Juriſten, zu deren Zeit doch ſo entſchieden nur eine Teſtamentform anerkannt wurde, und von dem Prätoriſchen Teſtament noch nicht die Rede iſt, ſie nennen jene

---

die Zulaſſung oder Verweigerung der b. p. sec. tab. geſchloſſen wird. ſ. Bd. I. S. 187., ferner fr. 2. §. 4. de b. p. sec. tab. „Nam sicuti ad adeundem hereditatem proximi sunt, ita et ad b. possessionem admittendam. — Solch eine Schlußfolgerung (ſ. auch fr. 2. §. 5. de suis et legit.) hätte ein Römiſcher Juriſt gar nicht aufſtellen können, wenn es auch nur einen Fall gegeben hätte, wo ein heres ganz von der b. p. ausgeſchloſſen geweſen wäre, denn das ganze Princip wäre damit umgeworfen. Der Prätor, der ja nur ficti heredes macht, kann die wahren heredes nicht abſolut ausſchließen, er kann höchſtens ſie relativ hinter andere Perſonen ſtellen.

Digitized by Google

ſieben Zeugen gleichmäßig **testes**, ebenſo wie ſie Cicero **signatores** nennt [5a]); und es iſt doch wahrlich nicht glaublich, daß ſie nur in Bezug auf den ſingulären Fall des **non jure factum testamentum** jene ſieben Menſchen **testes** genannt hätten, während, wenn aus einem vollkommen gültigen Teſtament **b. p.** erbeten wurde, ſie ſich dieſes Ausdrucks enthalten hätten [6]).

Wir dürfen alſo wohl annehmen, daß es durchaus regelmäßige Sitte war, das Mancipationsteſtament mit ſieben Siegeln zu verſehen, und daß ſich daher, nicht aber aus einer willkührlichen Beſtimmung des Prätors, der Satz entwickelt hat, die **b. p.** könne auch nur aus einer mit ſieben Siegeln verſehenen Urkunde ertheilt werden. Dieſer Satz wurde nämlich allerdings ganz ſo poſitiv genommen, wie wir ihn hier ausdrücken, es war trotz jener negativen Faſſung der Edictsworte, entſchiedene Vorausſetzung, daß das Teſtament ſieben Siegel und nicht weniger haben dürfe. Wir ſehen das aus der eben citirten Stelle des Julian.

Aber freilich ſcheint hiebei Folgendes nichtsdeſtoweniger unläugbar. Die Beſiegelung des Mancipationsteſtamentes iſt gar keine ſich lediglich auf Teſtamente beziehende Nothwendigkeit, ſie war eine allgemeine Vorſchrift für alle **tabulae, quae publici privatique contractus scripturam continent**, d. h. für alle ſchriftlichen Rechtsgeſchäfte, bei denen Zeugen zugezogen werden. (B. I. S. 165. Note 13. S. 166. Note 15.) Wenn nun alſo eine gewöhnliche Mancipation z. B. in Folge eines wahren Kaufs vorgenommen wurde, ſo verſteht ſich doch von ſelbſt, daß der Käufer nicht mit unterſchrieb und ſignirte, und ebenſowenig wie dies möglich war, ſo dürfen wir auch

---

5a) ſ. auch Isidor. Or. V. 23. — Item testes dicti, quod testamento adhiberi solent: sicut signatores, qui (vielleicht quia) testamenta signant.

6) Die Stelle des Julian (fr. 7. de b. p. sec. tab.) enthält auch überhaupt gar keine Andeutung, daß nicht von der b. p. aus allen Teſtamenten, alſo natürlich vorzugsweiſe den völlig gültigen die Rede wäre. Die Worte lauten: Cum tabulae testamenti plurium signis signatae sunt, et quaedam ex his non parent, septem tamen signa manent, sufficit ad bonorum possessionem dandam septem testium signa comparere, licet non omnium, qui signaverunt, maneant signa.

Digitized by Google

die Signirung von Seiten des **libripens** für nöthig halten. Die Stelle von Paulus (**rec. sent. V. 25. 6.** s. **Bd. I. S. 165**), welche das **SC.** über diese Signirung mittheilt, spricht nur von **testes**, und es ist wohl nicht zu bezweifeln, daß diese im engeren Sinn zu nehmen sind. Es war freilich natürlich, daß um größerer Solennität willen, auch der **libripens**, sowie der **antestatus** mit unterschrieben, aber es ist wohl zu bemerken, daß dies nichts juristisch Nothwendiges war, durch dessen Unterlassung die Urkunde ungültig geworden wäre. Mir scheint dies sich entscheidend daraus zu ergeben, daß bei den Unterzeichnungen die Zeugen voran stehen, die des **libripens** und **antestatus** hinterdrein, obgleich die Würde des **libripens** im Uebrigen der der Zeugen vorging [7]).

Wir dürfen also wohl sagen, daß eine Mancipationsurkunde vollkommen gültig ist, wenn sie auch nur von den fünf Zeugen signirt wurde, obgleich es freilich die regelmäßige Sitte war, daß auch die Siegel der anderen beiden Solennitätspersonen hinzugefügt wurden. Was aber von einer gewöhnlichen Mancipationsurkunde gilt, muß ebenso auch beim Mancipationstestamente Anwendung finden; und so scheint mir das Resultat nicht wohl bezweifelt werden zu können, daß, wenn es auch völlig verbreitete Gewohnheit war, das Testament mit sieben Siegeln zu versehen, und der Prätor daher dies zur Voraussetzung für die Ertheilung der **bon. pon.** machen konnte, dennoch von jeher auch eine ausnahmsweise nur von den fünf Zeugen besiegelte Urkunde ein vollkommen gültiges Mancipationstestament war.

Diese Annahme scheint mir schon in sich selbst durch die eben angegebenen Gründe vollkommen gerechtfertigt, ziehen wir nun aber jene Zeugnisse der späteren Kaiserzeit hinzu, worin die Fünfzahl der Siegel gerade als die regelmäßige Eigenthümlichkeit des Civiltestaments hervortritt, so dürfen wir sie viel-

---

7) **Huschke Flav. Syntrophi inst. don. p. 6. p. 52.** — Er vermuthet deßhalb nicht ohne Wahrscheinlichkeit, daß in früheren Zeiten auch lediglich die Zeugen unterschrieben hätten. Ein anderes Beispiel, wo fünf Zeugen unterschreiben, erwähnt Huschke Zeitschr. für gesch. R. W. XII. S. 204. Note.

Digitized by Google

leicht die einzig mögliche Anſicht nennen, um den ganzen hiſtoriſchen Entwicklungsgang uns überhaupt denkbar zu machen. Denn die Schwierigkeiten ſind, wie wir geſehen haben, unüberſteiglich, wenn wir auch für die früheren Zeiten dem Mancipationsteſtament lediglich die fünf Siegel zuſchreiben, die ſieben Siegel aber eine originale Prätoriſche Beſtimmung nennen, und die Schwierigkeiten würden natürlich von der anderen Seite eben ſo unüberwindlich ſein, wenn wir verſuchen wollten, die klare Beweiskraft jener Stellen der ſpäteren Zeit über die fünf Zeugen des Civilteſtaments hinwegzuräumen.

Wenn wir mithin annehmen, daß, ſo allgemein die Sitte der ſieben Siegel beim **test. per aes et libram** war, dennoch auch eins mit fünf Siegeln vollkommen civilrechtliche Kraft hatte, ſo drängt ſich nun natürlich die Frage auf, ob denn aus einem ſolchen **b. p. sec. tab.** erbeten werden konnte?

Ich glaube mit voller Ueberzeugung und ohne alles Bedenken dies mit Ja beantworten zu können. Ebenſo wie aus dem nuncupativen Teſtament, *weil* es ein civilrechtlich gültiges war, **b. p.** erbeten werden konnte, ohne daß davon Etwas im Edicte ſtand, ſo fordert auch hier das ganze Princip und der ganze Geiſt der **b. p.** dieſelbe Behandlung. Jene Regel, daß *nur* aus einem mit ſieben Siegeln verſehenen Teſtament die **b. p.** erbeten werden könne, beweiſt dagegen nichts, ebenſo wie wir oben geſehen haben, daß ſie dem mündlichen Teſtament nicht entgegenſtand. Der Prätor verſpricht ja darin nur, daß, wenn ihm dieſe Beſcheinigung geliefert wird, er ſogleich die Urkunde als ein rechtmäßiges Teſtament *präſumiren* will, alſo dieſer Beweis, als der am leichteſten zu erbringende und am erſten ſich darbietende, zur raſchen Erlangung des Prätoriſchen Beſitzesſchutzes führen ſoll [8]). Wenn daher Jemand kam und eine Urkunde vorwies, die nur fünf Siegel hatte, ſo erhielt er allerdings damit noch keine **b. p.**, denn der Prätor knüpft ſeine Präſumtion ja erſt an das Vorhandenſein von ſieben Siegeln. Aber wir haben oben ſchon Fälle kennen lernen, wo der Mangel, der der **b. p.** entgegenſteht, durch beſonderen Beweis erſetzt werden kann. Wenn der Nachſuchende

8) S. das Genauere Bd. I. S. 171. ff.

darthut, daß die Mäuse zwei Siegel abgefressen haben [9]), so wird die b. p. ertheilt, und eben so muß er sie nun auch erhalten haben, wenn er etwa einen oder zwei der Zeugen mitbringt, und diese aussagen, daß nur der **libripens** und **familiae emtor** nicht gesiegelt haben, sonst aber ein gültiges Mancipationstestament gemacht worden sei. Formelle Beweisregeln sind ja in allen diesen Punkten nicht vorhanden, es kommt auf die Ueberzeugung des Prätors, wonach überhaupt die Ertheilung der b. p. gehandhabt wurde, an. Und ebensogut, wie er auf die Aussage von ein Paar Zeugen, daß ein gültiges nuncupatives Civiltestament gemacht worden sei (Bd. I. S. 199), die b. p. ertheilte, so muß dadurch auch hier in unserem Falle der ausnahmsweise Mangel der zwei Siegel haben ersetzt werden können. Erst hiedurch gewinnt die sehr auffallende negative und unbestimmte Fassung jener Edictsworte: **non minus multis signis, quam e lege oporteat** ihre volle Erklärung. Wenn das Prätorische Recht nie anders als beim Vorhandensein von sieben Siegeln b. p. zuließ, wie sollte es kommen, daß dann nicht geradezu das Wort **septem** in das Edict aufgenommen wäre, das doch sonst in seiner Fassung immer so präcis ist [10])?

§. 132. Wir haben also im vorigen §. den Satz gewonnen, daß schon vor dem Rescript Mark Aurels, so lange es überhaupt schriftliche Mancipationstestamente gab, die Besiegelung der fünf Zeugen, so selten sie auch vorkommen mochte, doch vollkommen genügend war, und daß der Prätor dies ebenfalls durchaus anerkannte. Es fragt sich nun aber, ob seitdem jetzt die **sec. tab. b. p.** eine selbständige Haltung annahm und ihre Voraussetzungen als ein eigenes Testament aufgefaßt wur-

9) fr. 1. §. 11. de b. p. sec. tab.

10) Dies bemerkt schon Savigny a. a. O. S. 86., der es übersetzt „die gehörige Zahl von Zeugen", „ein unbestimmter Ausdruck, der bei wechselnden Zeugen begreiflicher ist, als bei einer überall gleichförmigen." — Nur freilich halte ich es für unmöglich, daß man das **lege** anders deute, als lediglich jure **civili**, (Bd. I. S. 159.), daß also damit auch auf das Prätorische Recht selbst hingewiesen werde.

Digitized by Google

den, — ob das nicht auf die Geſtalt des Mancipationsteſtaments, und deſſen Verhältniß zu dem neuen Prätoriſchen ſeine nothwendigen Rückwirkungen äußern mußte?

Das Reſcript knüpft den Schutz des **scriptus** gegen die **legitimi heredes**, der damaligen allgemeinen Sitte zufolge, an das Vorhandenſein der ſieben Siegel [1]), von dem Teſtamente mit fünf Siegeln ſpricht es nicht, was ſich ja ſo entſchieden daraus beweiſt, daß in der ganzen Folgezeit die Hauptvorausſetzung des Prätoriſchen Teſtaments völlig conſtant gerade die Siebenzahl iſt. Es verſteht ſich nun freilich von ſelbſt, daß wenn ein Mancipationsteſtament nach der gewiß noch längere Zeit fortherrſchenden Sitte mit ſieben Siegeln verſehen war, daraus b. p. erbeten werden konnte. Aber die Bedeutung dieſer b. p. war doch eine andere geworden. Wenn früher die **legitimi** gegen den **scriptus** auftraten, ſo hing das Recht des Letzteren ganz von der Frage ab, ob ein der Form nach gültiges Civilteſtament vorliege, jetzt dagegen brauchte er ſich auf dieſe Unterſuchung gar nicht mehr einzulaſſen, indem, falls auch die Mancipationsformalitäten unterblieben wären, er jedenfalls durch **doli exc.** geſchützt war. Es iſt, wie ſchon öfter hervorgehoben wurde, ein ſelbſtändiges, vom Civilteſtament unabhängiges Recht geworden, was die b. p. ertheilt. Aber wenn die Frage, ob es ein Civilteſtament ſei, jetzt gar nicht mehr zur Unterſuchung kam, ſo mußte natürlich um ſo feſter an den Erforderniſſen feſtgehalten werden, an die nun einmal das Reſcript Mark Aurels jenen Exceptionsſchutz geknüpft hatte.

Hieraus entſcheidet ſich ſchon die Frage, ob jetzt noch, ebenſo wie früher, aus einem nur mit fünf Siegeln verſehenen Mancipationsteſtament b. p. sec. tab. erbeten werden konnte.

---

1) Gai. II. 147. — Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non jure facta sunt — — nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres sec. tab. b. p. petere. — — Qui autem sec. tab. test. quae — non jure factae sint, — b. possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt b. p. cum re. Und dies richtet ſich eben nach den Regeln des Reſcriptes (Gai. II. 120.), die Vorausſetzung deſſelben ſind alſo die ſieben Siegel.

Ebenso wie ich dies für die frühere Zeit unbedenklich bejahen konnte, so scheint mir jetzt die Verneinung nicht minder einleuchtend. Die **sec. tab. b. p.** ist nichts sich noch an die Form des Mancipationstestaments Anlehnendes, sie hat eigenthümliche Voraussetzungen und eigenthümlichen Schutz erhalten. Ebenso wie in dem vorher erwähnten Fall gar nichts mehr darauf ankommt, ob ein Civiltestament vorhanden sei oder nicht, so kann auch hier die Berufung darauf, daß man **jure civili heres** sei, nichts ausmachen. Die **sec. tab. b. p.** hat ihr Princip verändert, nach der früheren negativen Fassung des Edicts (**non minus etc.**) wurde jeder **scriptus heres** zugelassen. Durch das Rescript des Markus ist jetzt (denn so finden wir es ja in der ganzen Folgezeit) die positive Bestimmung der sieben Siegel entschiedenes nothwendiges Erforderniß der **sec. tab.** geworden, wer diesem nicht genügen kann, darf die Vortheile derselben nicht in Anspruch nehmen wollen.

Dies wird durch folgende zwei Kaiserrescripte vollkommen bestätigt. Die erste Stelle haben wir schon in einem anderen Zusammenhange kennen lernen [2]), aber erst hier scheint sie mir ihr volles Licht zu erhalten:

> **l. 2. C. de b. p. sec. tab. (Gordian.) — Bonorum quidem possessionem ex edicto praetoris non nisi secundum eas tabulas, quae septem testium signis signatae sunt, peti posse in dubium non venit. Verum si eundem numerum adfuisse, sine scriptis testamento condito, doceri potest, jure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri, explorati juris est.**

Der Gedankengang ist offenbar der: es will Jemand aus einem Testament die b. p. erbitten, und wie dies möglich sei, darüber belehrt ihn der Kaiser. Er unterscheidet, entweder ist es ein mündliches Testament, und alsdann ist es **explorati juris**, daß das civile Testament auch zu der sich daran anlehnenden b. p. berechtigt (denn daran ist ja durch Mark Aurels Rescript nichts geändert); oder es ist ein schriftliches,

2) Bd. I. S. 191. Das Citat enthält dort einen Druckfehler.

Digitized by Google

dann kann man nur nach der Vorſchrift des Edicts b. p. bekommen, und es ſei kein Zweifel, ſagt der Kaiſer (in dubium non venit), daß dies ſieben Siegel fordert. Der Gegenſatz, der hier zwiſchen dem **edictum Praetoris** und dem **jus civile** gemacht wird, jenachdem ein ſchriftliches oder mündliches Teſtament vorliegt, ſcheint mir auf den erſten Blick einleuchtend. Bei Letzterem kann man ſich auf das **jus civile** ſtützen, bei Erſterem nicht, das ſchriftliche wird nur nach dem **edictum praetoris** beurtheilt, es genügt nicht mehr, daß nicht weniger Siegel da ſeien, als es **lege** oder **jure civili oportet**, das Edict fordert jetzt poſitiv ſieben Siegel, ohne welche die **b. p.** nicht gegeben wird.

Dieſer Gegenſatz, den der Kaiſer zwiſchen mündlichem (wo Civilrecht und Edict übereinſtimmen), und dem ſchriftlichen macht (wo das Edict ſeine beſonderen Regeln habe), zeigt doch mit Nothwendigkeit, daß er für das civile ſchriftliche eine andere Zeugenzahl vorausſetzt, und daß aus einem ſolchen nicht ſo, wie es beim nuncupativen der Fall ſei, die **b. p.** erbeten werden könne.

Die Stelle ſcheint mir hiernach vollkommen meine obigen Behauptungen zu beſtätigen, und es kann wohl kein Zweifel ſein, daß der Rechtszuſtand, wie ſie ihn darſtellt, aus dem Reſcript Mark Aurels zu erklären iſt. Sie iſt die nächſte Quellennachricht nach jener Pauliniſchen Stelle, worin wir zuerſt den Namen des **Praetorio jure factum testamentum** finden, ſie zeigt die ſelbſtändige Stellung, welche die **sec. tab. b. p.** einnimmt, und deutet uns mit Sicherheit darauf hin, daß dem ihr gegenüberſtehenden civilen ſchriftlichen Teſtamente eine andere Siegelzahl eigenthümlich war, wenn wir auch noch keineswegs anzunehmen brauchen, daß die **quinque testes** damals ſchon regelmäßig allein geſiegelt hätten.

Die zweite Stelle, welche wir hier anzuführen haben, iſt von Diocletian:

Consultatio vet. JCti. §. 6. (Bonner Ausg. S. 402.)
— Si secundum edicti formam [3]) **testamentum**

3) Es iſt ſehr möglich, daß, da hier ſogar auf die Worte des Edicts verwieſen zu ſein ſcheint, wirklich ſeit dem Reſcript Mark Aurels die alte Faſſung des Edicts **non minus multis signis** etc. durch die Worte **septem signis** erſetzt wurde.

Digitized by Google

obsignatum exstitit, bona, quae cum moreretur actor (auctor) tuus, ejus fuerunt, solenniter petes. Diocletian sagt hierin ganz dasselbe als Gordian, die Gültigkeit des Prätorischen Testaments richte sich ganz allein nach den Edictsregeln. Der Nachsatz der Stelle kann verschieden erklärt werden. Man kann unter dem **solenniter petes** die **hereditatis petitio possessoria** verstehen, also was Diocletian sonst **successionis** oder **hereditatis vindicatio** nennt. Wahrscheinlich aber ist mir, daß die Worte nichts Anderes heißen, als: **bonorum possessionem petes.** Das **solenniter petere** oder **admittere** ist ein gerade von Diocletian mehrfach gebrauchter Ausdruck für Agnition der **b. p.** [4]). In unserer Stelle heißt es nun freilich nicht **bonorum possessionem petes**, sondern geradezu **bona, quae cum moreretur auctor tuus, ejus fuerunt, petes.** Aber wir werden im vierten Kapitel sehen, daß das besondere **beneficium** der **b. p.**, außer daß sie definitives Erbrecht verleiht, noch immer die rasche Einweisung in den Besitz der **körperlichen Erbschaftsachen**, d. h. das **Int. quor. bon.** war. Daß diese körperlichen Sachen hier gemeint seien, sehen wir aus **l. 2. C. quor. bon.** [5]), wo ebenfalls von Diocletian der Einforderungsgegenstand des **Int. quor. bon.** mit denselben Worten: **quae cum moreretur ejus fuerunt** angegeben wird. Wir können also wohl unsere Stelle so verstehen, als wenn der Kaiser sagte: Du kannst die Besitzeseinweisung in die körperlichen Erbschaftssachen (d. h. die **b. p.** mit nachfolgendem **Int. quor. bon.**) **solenniter** nachsuchen.

Mag dies begründet sein oder nicht, so beweist doch jedenfalls diese Stelle so gut wie jene Gordianische, daß aus einem Testament mit fünf Siegeln, eben weil das kein Prätorisches Testament war, eine **b. p.** jetzt nicht mehr ertheilt wurde. Beide Stellen deuten darauf hin, daß wohl mehrfach in dieser Zeit Anfragen an die Kaiser ergingen, ob nicht aus einem gültigen schriftlichen Civiltestamente **b. p.** erbeten werden könne.

---

4) **l. 1. u. 2. C. Comm. de succ.**

5) Hier steht statt **solenniter petere b. p.** das gleichbedeutende **recte petita bonorum possessione.**

Digitized by Google

Die gleichlautenden Antworten, daß das Teſtament nothwendig der **edicti forma** entſprechen, alſo ſieben Siegel haben müſſe, laſſen uns ſchließen, daß im Leben jetzt ſchon häufiger das Civilteſtament, welches der **edicti forma** nicht entſpricht, d. h. mit fünf Siegeln hervortritt. Und dieſe Umgeſtaltung der Sitte des Teſtirens müſſen wir ja auch ſchon deßhalb ungefähr in dieſe Zeit ſetzen, weil ſie in den ſpäteren Quellennachrichten [6]) als ſo entſchieden feſtſtehend vorausgeſetzt wird, daß es gezwungen ſein würde, ſie ſich gerade eben vorher erſt vollendet zu denken.

So ſehr wir in der früheren Zeit, als die **b. p.** noch unter der leitenden Hand des Prätors ſtand, den Satz, daß aus einem civilrechtlichen Teſtament keine **b. p.** hätte erbeten werden können, für unmöglich halten mußten, ſo ſehr iſt dies in den ſpäteren Zeiten, von denen wir jetzt reden, für natürlich zu erklären. Die Begriffe von **hereditas** und **b. p.** ſind an und für ſich gleich, um ſo mehr hält gerade dieſe Zeit, wie ich ſchon oben bemerkte, daran feſt, wenigſtens einige mehr äußerliche Unterſchiede zwiſchen Beiden beſtehen zu laſſen. Es iſt bei dieſer teſtamentariſchen Erbfolge nicht viel anders, als wir oben beim Notherbenrechte das Verhältniß des civilen Notherbenrechts und der **c. t. b. p.** aufgefaßt haben, obgleich ſich hier zwiſchen dem civilen und Prätoriſchen Teſtament, der Zahl nach mehr Unterſchiede aufſtellen laſſen. Sie mögen hier zum Schluſſe zuſammengeſtellt werden.

a. Das Civilteſtament wurde mit **fam. emtor** und **libripens** nach den alten Mancipationsformalitäten [7]) errichtet, und

6) Dieſe die **quinque testes** des Civilteſtamentes erwähnenden Stellen, welche Savigny bereits vollſtändig zuſammengeſtellt hat, ſind: **l. 1. u. 3. Th. C. de testam.** (Conſtantin und Arkadius) die **Interpr.** zu beiden — **Nov. Theod. II. de testam.** (**tit. XVI.**) und die **Interpr.** dazu. — **Nov. Valent. III. de test.** (**XX. const. 1.**) — **Ed. Theodorici. tit. 28.** — **Lex Rom. Burg. tit. 45. de testam.** (in der Barkowſchen Ausgabe iſt dazu noch citirt die **Lex Burgund. tit. 43.** (ſ. Savigny Geſch. des R. R. im M. II. S. 7. Note d.) — **Isidor. Origines V. 24.** — ſ. ferner Savigny Geſch. ꝛc. II. S. 222. Note c. und S. 235.

7) Daß auch dieſe mit der Zeit durch etwas Anderes erſetzt wurden, wird weiter unten nachgewieſen werden.

von den fünf Zeugen besiegelt. Natürlich konnte es auch noch immer von jenen ersteren beiden mit besiegelt werden, und dann die **b. p.** zur Folge haben, was aber, wie wir gleich unter **b.** sehen werden, wenig practisches Interesse gewährte. Das Prätorische Testament fordert nicht die Mancipationsformalitäten, dafür aber sieben Siegel. Bei beiden Testamenten müssen die Zeugen **cives Romani** sein [8]), und im Uebrigen ist für das Prätorische Testament ganz der Satz der alten **secundum tab. b. p.** bestehen geblieben, daß in Bezug auf die innere Gültigkeit, Fähigkeit der Zeugen und **unitas actus** durchaus die Grundsätze des Civilrechts gelten.

b. aus dem Civiltestament wird die Erbschaft durch **her. aditio**, aus dem Prätorischen durch **b. possessionis agnitio** erworben. Aus dieser Agnition ging dann nicht bloß wie aus jener **aditio**, die **successionis** oder **hereditatis vindicatio**, sondern auch das possessorische **Int. quor. bon.** hervor. Aus dem Civiltestamente konnte man also, wenn es nicht ausnahmsweise sieben Siegel hatte, dies Interdict nicht erlangen, aber durch die **missio** aus dem Hadrianischen Edict gelangte man zu demselben practischen Resultat. Das Verhältniß dieser beiden Rechtsmittel werden wir später noch genauer ins Auge zu fassen haben.

c. Ein besonderer Unterschied zwischen beiden Testamenten besteht noch in einem singulären Fall, der aber, weil er sehr selten vorgekommen sein kann, wenig Bedeutung hat, und deßhalb in der bisherigen Darstellung gar nicht erwähnt worden ist. Wenn nämlich der Erblasser zwei Testamente hinterläßt, und beide, oder wenigstens das Letztere, Civiltestamente sind, so wird natürlich das frühere durch das spätere stets rumpirt. Wenn aber umgekehrt das erste Testament ein civiles, das zweite ein Prätorisches ist, so konnte die **hereditatis petitio** des ersten **scriptus heres** die **b. p.** des später Eingesetzten zur **sine re** machen, denn der schon vor dem Rescript Mark Aurels bestehende Prätorische Schutz ging ja nur gegen Cognaten und Ehegatten, das Rescript bezog sich aber lediglich auf die

---

8) **Lex Rom. Burg. tit. 45. — Cives Romani adhibendi sunt numero competenti, vel quinque vel septem.**

Digitized by Google

legitimen Inteſtaterben, gegen einen civilen Teſtamentserben blieb alſo der b. possessor immer noch ſchutzlos [9]). Aber in einem ſpeciellen Falle wurde er ausnahmsweiſe doch (gewiß ebenfalls durch doli exceptio) dem civilen Erben vorgezogen, wenn er (der b. possessor) nämlich zugleich nächſter Inteſtaterbe war [10]).

Dieſer ganze Unterſchied konnte überhaupt nur ſo lange beſtehen, als man in klarem Bewußtſein behielt, daß das Prätoriſche Teſtament doch nur vi exceptionis Kraft habe. Als aber dieſe Anſchauung ſich verlor, mußte er von ſelbſt hinwegfallen, und allgemein der Satz gültig werden, daß ein civiles Teſtament durch jedes ſpätere Prätoriſche rumpirt werden könne. Die Umgeſtaltung, welche der in fr. 2. de inj. rupt. test. enthaltene Ausnahmsſatz in der Nov. Theod. II. tit. 16. (de testam.) §. 7. erlitt, zeigt doch wohl genügend, daß damals von der urſprünglichen Bedeutung dieſer Ausnahme, alſo auch der Regel nicht mehr die Rede war.

§. 133. — 3.) Nachdem wir jetzt entwickelt haben, wie die alte ſich an das Mancipationsteſtament anlehnende sec. tab. b. p. zu einem ſelbſtändig, jenem gegenübertretenden Teſtament geworden war, iſt noch mit kurzen Worten des nuncupativen Teſtamentes zu gedenken, das von jeher bei den Römern, wenn auch ſelten, in Gebrauch war. Es bedarf wohl keiner weiteren Entwicklung, daß die ganze bisherige Darſtellung von ſelbſt auch das Reſultat ergiebt, daß dieſe Teſtamentsform von allen den Veränderungen, die ſich mit dem ſchriftlichen Teſtament zutrugen, völlig unafficirt, daß auch das alte ſchon durch den Prätor begründete Verhältniß der b. p. zu dieſem civilen Teſtamente ganz daſſelbe bleiben mußte. Nachdem die Agnition der b. p. ſich als definitiver Erbſchaftserwerb neben die her. aditio geſtellt hatte, lag in ihr nur noch

9) An dieſen civilen Teſtamentserben denkt Ulpian XXIII. 6. bei den Worten: si nemo alius jure (civili) heres sit. Gai. II. 149. gedenkt des Falles ausdrücklich.

10) fr. 2. de injusto rupto. — Vergleiche über dieſe Stellen und über die duplex interpretatio derſelben nach heutigem Recht Fabricius b. p. S. 125 ff. — ſ. überhaupt oben §. 110. Nr. 1.

das besondere Moment, daß der Eingesetzte, neben der her. pet. auch das Int. quor. bon. erhielt. — In der späteren Kaiserzeit tritt dies nuncupative Testament sehr viel mehr in den Quellen hervor, wir dürfen also auch wohl schließen, daß es häufiger im Leben vorgekommen ist, als früher. Außer den Bd. I. S. 193. citirten Stellen, und der oben schon erklärten l. 2. C. de b. p. sec. tab., ist hier besonders zu erwähnen die Nov. Valent. III. tit. XX. §. 2.:

> **Nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere etc.**

Daß hier das nuncupative als ein drittes Testament dem civilen und prätorischen gegenübergesetzt werde, findet Savigny [1]) auffallend, und erklärt es daraus, daß damals wohl schon die Mancipation bei demselben hinweggefallen sei. Allein mir scheint, so wenig ich Letzteres läugnen will, die Sache eines besonderen Erklärungsgrundes gar nicht zu bedürfen. Der Kaiser setzt sehr kenntlich durch das wiederkehrende liceat nur drei Hauptarten der Testamente einander gegenüber: a. das schriftliche, welches wieder in das civile und Prätorische zerfällt; b. das mündliche, dessen es nur eine Art giebt, und c. das richterliche. Mir scheint es im Gegentheil nothwendig, daß hier des nuncupativen besonders Erwähnung geschah, da man, wenn vom civilen im Gegensatz des Prätorischen die Rede war, dabei immer nur an das schriftliche Testament dachte [2]). —

Ich muß hier noch besonders darauf aufmerksam machen, daß überhaupt die ganze Stellung des nuncupativen Testamentes, welche sich von selbst aus unserer bisherigen Darstellung ergiebt, und so vollkommen durch die Quellen der späteren Zeit bestätigt wird, einen gewichtigen Rückschluß für die Richtigkeit unserer früheren Untersuchungen gewährt. Wir sehen das nuncupative Testament in der späteren Zeit mehr hervortreten, wir

---

1) Zeitschr. II. S. 95.

2) Dernburg Gesch. d. Test. S. 263. will unter dem nuncupativen Testament hier eine neu entstandene Art desselben verstehen; aber der Kaiser führt ja nur das bestehende Recht an, und so können wir doch nicht zweifeln, daß dies ganz dasselbe nuncupative Testament ist, welchem wir auch in den anderen Quellenzeugnissen begegnen.

Digitized by Google

stoßen nicht auf den geringsten Andeutungspunkt, daß es erst jetzt entstanden sei, und so findet unsere frühere Beweisführung, daß es von jeher bestanden habe, ihre volle Bestätigung. Wir begegnen bei diesem Testament einer sich daran anlehnenden **b. p.**, die eine ganz unerklärliche Singularität sein würde, wenn wir nicht früher dargethan hätten, daß die testamentarische **b. p.** überhaupt anfangs eine Klasse **confirmandi juris civilis** war, und daß nur eine eigenthümliche Rechtsentwicklung der **secundum tabulas b. p.** eine andere Gestalt gegeben hat. Ob ich diese Umgestaltung der alten **sec. tab. b. p.** zum Prätorischen Testamente überzeugend dargestellt habe, ob nicht gerade die hier angenommene Gestalt der früheren **sec. tab. b. p.** nothwendig vorausgesetzt werden muß, um einen ungezwungenen Entstehungsgrund für das Prätorische Testament zu haben, — darüber mögen Andere entscheiden. Jedenfalls wird man mir nicht hiebei entgegenhalten können, wie Walter gethan [3]), daß in der späteren Kaiserzeit das Civiltestament fünf Siegel gehabt habe, und daß Paulus von einem **jure praetorio factum testamentum** spreche, Umstände, deren Berücksichtigung auch schon vor Erscheinen dieses zweiten Bandes allenfalls mir zugetraut werden konnte.

Ich will nun kurz hier andeuten, auf welchem unsicheren, ja wir mir scheint unmöglichen Boden Walter die Entstehung des Prätorischen Testamentes aufzuführen versucht. Das Civiltestament wurde stets nur, so meint er, von fünf Zeugen besiegelt. Der Prätor forderte dagegen sieben Siegel, verlangte aber nicht die Mancipationsformalitäten, und die auf jenes Erforderniß der sieben Siegel gebaute **b. p. sec. tab.** war zunächst nur für den Fall berechnet, daß kein civilrechtlicher Erbe vorhanden war; erst Mark Aurel habe dies weiter ausgedacht.

Also Walters Ansicht ist noch extremer, als die im §. 131. hypothetisch aufgestellte und widerlegte. Alle dort angeführten Gegengründe sind daher auch hier zu wiederholen, es kommt nur noch Folgendes hinzu. Es hat nach Walters Ansicht nie eine **b. p.** gegeben, welche aus einem reinen Civiltestament (das ja nach seiner Meinung stets nur fünf Siegel hatte) ertheilt wurde.

---

3) Rechtsgesch. (2. Ausg.) II. S. 244.

Digitized by Google

Von diesem reinen Civiltestament sagt nun aber Gaius und Ulpian **hoc solum in usu est**; also wenn man das auch nicht so wörtlich nehmen wollte, als es in der That zu nehmen ist, so muß es doch jedenfalls heißen, daß es besonders häufig war. In den meisten Fällen mithin, wo Jemand mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben war, konnte der **heres** nicht durch **b. p.** zum raschen Erbschaftsbesitz gelangen? Es mußte dann also gleich zuerst den Intestaterben **b. p.** deferirt werden, die alsbald freilich durch die **her. pet.** des **scriptus heres** wieder zur **sine re** wurde. Also der Prätor, der doch entschieden die Absicht hatte, so rasch wie möglich, den Creditoren Befriedigung zu verschaffen, konnte es gar nicht einrichten, daß der **scriptus heres**, wenn er auch gleich sich der Erbschaft annehmen wollte, dazu gelangte, sie mußte erst durch die Hände der nächsten Intestatklasse auf einem ganz unnützen Umwege umherwandern! Man sieht, zu welchen Consequenzen man gelangt, wenn man jene Absicht weiter verfolgt, und ich brauche nicht hervorzuheben, wie dies dem ganzen Principe der **bon. poss.** widerspricht; nur die eine Frage muß ich noch aufwerfen: wenn es bei dem schriftlichen Civiltestamente nie eine sich daran anlehnende **b. p.** gegeben hat, wie kommt es denn, daß sich sich bei dem viel selteneren mündlichen findet?

Ohne dies zu berücksichtigen, meint Walter, daß die **b. p. sec. tab.** bis Mark Aurel lediglich aus einer mit sieben Siegeln (das wäre also eine willkührliche neue Vorschrift des Prätors) versehenen Urkunde, bei der aber die Mancipationsförmlichkeiten fehlen konnten, gegeben wurde. Also die ganze **b. p. sec. tab.** bestand, nach Gaius Redeweise, recht eigentlich für das **non jure factum testamentum**, denn daß das Mancipationstestament auch sieben Siegel hatte, konnte doch nur höchst selten sein, da Walter ihm ja constant fünf Zeugen zuweist. Die **b. p.** gewährte auch ferner nur geringen Vortheil, denn legitime Intestaterben sind doch gar häufig vorhanden. Lediglich von diesem Falle des **non jure factum testamentum** [4]) müßten daher alle die Erörterungen der Römischen Juristen im Titel **de sec. tab. b. p.** zu verstehen sein, und wor-

4) Denn das ist ja das spätere Prätorische Testament. Es läßt sich

Digitized by Google

aus ſollte ſich nun jener Unterſchied von bedingenden und vernichtenden Beweiſen erklären laſſen, die ich doch aus den Quellen gerechtfertigt zu haben glaube, und die doch alle nur darin ihre Erklärung finden, daß die Ertheilung der b. p. eine Wahrſcheinlichkeitsrechnung in Bezug auf das Civilteſtament war [5])?

So könnte denn auch z. B. in der Stelle von Cicero (Topica 4.) von einem gewöhnlichen Teſtamente gar nicht die Rede ſein, denn aus einem Mancipationsteſtament mit fünf Siegeln wäre ja ſchon von vorn herein nach Walters Anſicht eine b. p. nicht möglich [6]).

Und wenn ferner die sec. tab. nur aus einem (nach Gaius Sprachgebrauch) **non jure factum testamentum** gegeben wird, wie ſoll denn Gai. III. 36. verſtanden werden [7])? Etwa nur von dem Falle, wenn das **jure factum testamentum** ausnahmsweiſe mit ſieben Siegeln verſehen war? Und wenn die Worte nur von einem ſo ſingulären Fall gelten, ſo ſollte das Gaius ganz mit Stillſchweigen haben übergehen können?

Ich breche hier ab, weil ich genug bewieſen zu haben glaube. Wollen wir nicht unſeren Quellen eine ganz unnatürliche gezwungene Stellung anweiſen, wollen wir nicht einzelnen Ausſprüchen derſelben direct entgegentreten, und wollen wir nicht der sec. tab. b. p. eine ganz unbegreifliche Anomalie im Gegenſatz zu den übrigen Theilen der b. p. zuſchreiben, ſo müſſen

---

auch überhaupt nicht einſehen, wie die Teſtatoren dazu hätten kommen ſollen, ſolch ein unwirkſames Prätoriſches Teſtament zu errichten.

5) ſ. Bd I. S. 174. u. §. 73. Note 1.

6) Si ea mulier testamentum fecit, quae se capite nunquam diminuit, non videtur ex edicto praetoris secundum eas tabulas possessio dari. adjungitur enim, ut secundum servorum, secundum exulum, secundum puerulorum tabulas possessio videatur ex edicto dari.

7) Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed b. possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit.

wir den anderen, sichereren Weg wählen, den ich schon Bd. I. S. 170. hervorhob. Wir müssen annehmen, daß der Prätor sich anfangs bei mündlichen wie schriftlichen Testamenten ganz ans Civilrecht anschloß, alsdann erst erscheint es natürlich, daß der Prätor beim schriftlichen auch einen kleinen Schritt weiter ging, und es, wenn die Mancipationsförmlichkeiten fehlten, gegen die Cognaten schützte. Dieser Schritt ist an und für sich so unbedeutend, er gewährt nur so unsichere Aussicht auf Erfolg, daß er als ein ganz neu ohne den vorhergehenden ausgedachter ein wunderbares Beispiel unnatürlicher Rechtsgestaltung in der Römischen Geschichte bilden würde, während er, wenn man ihn sich an eine schon bestehende **b. p. sec. tab.** angeknüpft denkt, so unendlich natürlich ist. Seine Bedeutung hat er erst dadurch bekommen, daß er die Veranlassung des Rescripts von Mark Aurel wurde, aus dem sich das selbständige Prätorische Testament entwickelte.

Nach diesem Rückblick auf den ganzen geschichtlichen Verlauf der Testamentenlehre bleibt nur noch eine Frage zu erwähnen, nämlich ob die **Nov. Theod. II. de test. (tit. XVI.)** eine wesentliche Umgestaltung des bisherigen Rechtszustandes beabsichtigt habe oder nicht. Es ist in neueren Zeiten die Savignysche Erklärung wohl meist angenommen worden [8]), daß durch dies Gesetz das civile schriftliche Testament gar nicht aufgehoben werden sollte, indem von demselben gar nicht die Rede sei, und das Gesetz sich nur mit dem im Osten weit gewöhnlicheren Prätorischen, und nebenbei dem nuncupativen Testament beschäftige [9]). Bald sei denn auch das Mancipationstestament durch Nichtgebrauch im Osten ganz weggefallen, so daß Justinian durch alleinige Aufnahme des Theodosischen Gesetzes (l. 21.

---

8) Zeitschr. I. S. 87. ff. S. 92 ff. Dernburg. S. 262. Walter R. G. II. S. 245.

9) Dernburg hat die besondere Ansicht, daß dies nuncupative Test. vor sieben Zeugen erst durch dies Gesetz geschaffen sei.

Digitized by Google

C. de testam.) gar nicht den bisherigen Rechtszustand veränderte [10]).

Im Westen dagegen (wo dies 439 erlassene Theodosische Gesetz erst 448, also zwei Jahr nach der **Nov. Valent. III. tit. XX. 1.** publicirt wurde), sei das civile Testament noch viel verbreiteter gewesen, und habe sich hier, wenn auch die Mancipation dabei sich verlor, doch in den fünf Zeugen noch lange erhalten.

Mir scheint, daß die Sache anders aufzufassen sei. Eine unbefangene Durchlesung der ganzen Novelle führt uns allerdings, wie ich glaube, auf eine entschiedene Berücksichtigung des civilen schriftlichen Testamentes, so wie auch auf die Absicht des Kaisers dasselbe zurückzudrängen. Theodos beginnt damit, daß er den Privatleuten wieder vollkommene Freiheit im Testiren verschaffen wolle. Es sei nämlich für so Viele von Interesse, den Inhalt ihres Testaments zu verheimlichen, und in früherer Zeit sei auch demgemäß die Sitte des Testirens so eingerichtet gewesen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfahren hätten.

> **Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant, oblaturumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant.**

Das deutet doch sehr bestimmt auf das Mancipationstestament und die dabei gesprochenen Worte:

> **Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote** [11]).

Diese frühere Sitte sei später hinweggefallen:

> **Sed dum juris antiqui cautelam paullatim mutat posteritatis imperita praesumtio,**

und es sei die Regel an die Stelle getreten, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments zu agnosciren hätten. — Dies ist folgendermaßen zu verstehen. In der **generalis nuncupatio**, wie sie hinter der **mancipatio familiae** gesprochen wurde, hatte

---

10) Walter weicht darin ab, daß er erst in dieser l. 21. C. die Aufhebung des Civilest. für den Osten findet.

11) Gai. II. 104. Isidor. Or. V. 24.

Digitized by Google

nach dem **jus antiquum** die **cautela** gelegen, daß die Zeugen den Inhalt des Testaments nicht erfuhren, jetzt aber forderte man nicht mehr das generelle **perhiberi testimonium**, mit Vorweisung der **tabulae** — was ja der Kaiser ausdrücklich den **veteres** als etwas Vergangenes zuschreibt, m. a. W. die alte **nuncupatio testamenti** wurde nicht mehr vorgenommen. Und wenn man diese Formalität nicht mehr observirte, so kann man doch die **familiae mancipatio** noch viel weniger beibehalten haben.

Walter leitet die Rechtsänderung, daß die Zeugen vom Inhalte des Testaments Kenntniß erhielten, aus der Sitte ab, daß man sie auch im Inneren unterschreiben ließ [12]), aber das folgt doch noch nicht direct hieraus, und man läßt heutzutage noch manche Urkunde von Zeugen unterschreiben, ohne daß sie vom Inhalt etwas erfahren. Mir scheint die Erklärung, auf die schon Savigny [13]) hinweist, sehr viel natürlicher. Die **generalis nuncupatio testamenti** des Civiltestamentes, die der Kaiser zuerst erwähnt, veränderte sich so (**mutat posteritatis imperita praesumtio**), daß man die Aussprechung der Wortformeln, denen ja die Kaiserzeit seit Constantin so abhold war, wegließ [14]), dagegen aber die Mittheilung des materiellen In-

---

12) Huschke Zeitschr. f. gesch. R. W. XII. S. 200. ff.

13) Zeitschr. I. S. 88.

14) Mir scheint es durchaus das Natürlichste, mit dem Wegfallen der **nuncupatio testamenti** zugleich auch das Verschwinden der **familiae mancipatio** anzunehmen, da Beide ja schon früher so durchaus gleichartig behandelt wurden (**Gai. II. 119.**), und man überhaupt, als sich die neue Sitte der Mittheilung des Inhalts geltend machte, diese offenbar als ein vollkommenes Aequivalent für alle bisherigen veralteten Formalitäten behandelte. — Diese Umgestaltung des schriftlichen mußte dann aber auf das civile mündliche Testament die Rückwirkung haben, daß man auch hier die Mancipation als unnütze Formalität abstreifte; und zu Theodos II. Zeit können wir sie also wohl als gänzlich antiquirt ansehen. — Nur ist der Unterschied zwischen dem schriftlichen und mündlichen Civiltestament, daß bei Letzterem trotz des Wegfallens der Mancipation stets die sieben Personen als Zeugen blieben, während beim schriftlichen der **libripens** und **fam. emtor** zugleich mit den Formalitäten verschwanden. Dies hat seinen Grund darin, daß man von jeher ein schrift-

Digitized by Google

halts des Testamentes an die Stelle setzte. Und diese Sitte mag denn auch auf das Prätorische Testament übertragen worden sein, jedenfalls aber war sie hier kein nothwendiges Erforderniß für die Gültigkeit des Testaments, weil es von Anfang an die Mancipationsförmlichkeiten nicht erforderte, also auch das, was an die Stelle derselben getreten war, nicht zu einem nothwendigen Requisite werden konnte.

Der Kaiser will diese Mittheilung des Inhalts nun aufheben, und zu dem Zweck stellt er eine Alternative auf:

a. (§. 2.—5.) Wenn der Testator den Inhalt seines Testaments verheimlichen will (**si nullum scire volunt, quae in eo scripta sunt**), so soll es ihm freistehen ein schriftliches Testament zu machen (**licere per scripturam conficientibus testamentum**), welches dann, wenn es von sieben Zeugen subscribirt [15]) und signirt ist, vollkommene Gültigkeit hat, ohne daß die Zeugen die Mittheilung des Inhalts verlangen können. Die genaueren Formen dieses schriftlichen Testamentes (es ist offenbar das bisher sog. Prätorische) werden dann festgestellt, und wo diese fehlen, also namentlich nur fünf Zeugen da sind, da soll es ein **imperfectum testamentum** sein, welches keine Kraft hat (**Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos habeatur, non volumus**). Nur in einem Falle soll nach §. 7. dies **imperfectum testamentum** vor fünf Zeugen noch Kraft

---

liches Testament mit fünf Siegeln für ein gültiges Civiltestament ansah, und jetzt die Sitte, daß nur die fünf Zeugen besiegelten, ganz allgemein geworden war. Als man daher nun die Mancipationsformalitäten durch Vorlesung des Inhalts ersetzte, mußten auch jene beiden Personen als ganz unnütz nach und nach verschwinden. Beim mündlichen Testament dagegen war es eben nur eine Rückwirkung der Umgestaltung des schriftlichen, daß man die Mancipation allerdings wegließ, aber da hier nicht die besonderen Gründe, wie beim schriftlichen vorlagen, so war es sehr natürlich, daß man den bisherigen libripens und familiae emtor auch fernerhin als nothwendige Zeugen beibehielt, und sich also hier die Siebenzahl der Zeugen eben so findet, wie beim Prätorischen Testamente.

15) Wenn die subscriptio die Veranlassung wäre, den Zeugen den Inhalt des Testaments zu verrathen, so hätte ja der Kaiser gerade diese aufheben müssen, während er sie umgekehrt bestehn läßt.

Digitized by Google

haben, wenn nämlich darin im Gegensatz zu einem früheren **perfectum** die nächsten Intestaterben eingesetzt sind.

b. (§. 6.) Wenn aber der Testator ein nuncupatives Testament errichten will, d. h. kein Interesse hat, den Inhalt desselben zu verheimlichen, so soll dies nicht anders gelten, als vor sieben Zeugen. (**Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes etc.**)

Mir scheint hiernach aus doppeltem Grunde die Absicht des Kaisers ersichtlich, daß er das civile Testament von fünf Zeugen, bei dem statt der früheren Mancipationsformalitäten die Mittheilung des Inhalts Regel geworden war, positiv aufheben will. Erstlich führt er für das schriftliche Testament gar nicht erst die sieben Zeugen ein, sondern er legt eben nur das Prätorische Testament zum Grunde, und erkennt dabei ausdrücklich an, daß der Inhalt desselben unbekannt bleiben dürfe [16]), aber indem er nun jedes andere Testament für **imperfectum** und ungültig erklärt, indem er das **imperfectum** vor fünf Zeugen nur in dem besonderen Falle anerkennt, wenn es als **posterius** die Intestaterben ruft [17]), so liegt doch darin, daß er im Uebrigen das Testament vor fünf Zeugen nicht mehr dulden will. Zweitens. Die Art, wie nun dem Prätorischen das nuncupative Testament gegenübergesetzt wird, zeigt den durchaus präceptiven Charakter, den das Gesetz in Beziehung auf dies Letztere annimmt. Zuerst heißt es: **licere per scripturam conficientibus testamentum, — — rogatis testibus septem offerre**, also diese sieben Zeugen sind das alte Prätorische Testament, der Kaiser bestimmt dabei nur, daß es erlaubt sein soll, so zu testiren, ohne den Inhalt des Testaments mitzutheilen. Nachher aber lauten die Worte: **Per**

---

16) Weil durch Gewohnheitsrecht die Mittheilung des Inhalts beim civilen Testamente nothwendig geworden war, so scheinen Zweifel entstanden zu sein, ob dies auch ebenso beim Prätorischen anzunehmen sei. Der Kaiser verneint dies nun ausdrücklich.

17) Es ist sonderbar, früher hatte gerade das Prätorische dem civilen Testament gegenüber nur in jenem Ausnahmsfall rumpirende Kraft (§. 132. Note 10.), jetzt dreht es Theodos gerade um, und erkennt das civile nur noch in diesem Falle an.

Digitized by Google

nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, non alias valere sancimus, nisi septem testes audierint [18]). Da nicht daran zu denken ist, daß hier das nuncupative Testament vor sieben Zeugen erst geschaffen werde, so können die Worte nur heißen, daß dieses nuncupative Testament von jetzt an allein gelten soll, also eine andere Testamentsform hiermit aufgehoben wird. Nun aber ist das civile schriftliche Testament vor fünf Zeugen, dessen Inhalt, wie Theodos sagt, mitgetheilt werden mußte, im Grunde nichts als ein mündliches, und der Kaiser will eben nur das nuncupative vor sieben Zeugen fernerhin gelten lassen.

Also sowohl die Art, wie Theodos das bisherige Prätorische, als auch wie er das bisherige nuncupative darstellt, zeigt, daß er das civile schriftliche vor fünf Zeugen nicht mehr anerkennen will. Sein Gedankengang ist offenbar der: entweder will Jemand seinen letzten Willen verheimlichen, dann mag er **jure praetorio** testiren, oder er hat nicht das Interesse der Geheimhaltung, dann soll er das alte nuncupative Testament vor sieben Zeugen errichten, und dies nicht durch die Berufung auf das civile vor fünf Zeugen umgehen dürfen.

Gesetzlich war also dies letztere Testament hiermit verboten, und Justinian hat ganz dem Sinne des Gesetzes gemäß ihm die Stellung in der Compilation angewiesen, die es beabsichtigte. Aber ob es auch gleich im Leben die Sitte des Testirens umgestaltet hat, ist eine andere Frage. Im Occident hat man es nie anerkannt, darüber ist nach den von Savigny angeführten Stellen kein Streit. Sehr viel mag dazu beigetragen haben, daß in der sieben Jahre späteren Novelle Valentinians, wie wir oben gesehen haben, das civile Testament neben dem Prätorischen und nuncupativen noch durchaus anerkannt wird, wonach man sich auch ferner richtete, wenn gleich

18) Savigny bemerkt diese Verschiedenheit des Ausdrucks sehr wohl (S. 94), erklärt sie aber daraus, daß beim mündlichen Testament die Mancipationsförmlichkeiten damals schon außer Uebung waren, also **libripens** und **familiae emtor** ganz als Zeugen galten. Dies Wegfallen der **mancipatio** gebe ich vollkommen zu (indem ich es ja auch für das civile schriftliche Testament annehme), aber ich kann nicht finden, daß damit sich jene Worte erklären lassen.

das Theodoſiſche Geſetz nebſt mehren anderen zwei Jahr ſpäter in Rom publicirt wurde. So erklären ſich das oben citirte **Edictum Theodorici**, die weſtgothiſche **Interpretatio**, und die **Lex Romana Burgundionum**.

Ja noch viel mehr, auch im Juſtinianeiſchen Rechte finden wir, wie mir ganz unleugbar ſcheint, das ſchriftliche Civilteſtament vor fünf Zeugen noch fortbeſtehen; es iſt das ſog. **testamentum ruri conditum**, das Juſtinian ausdrücklich nur für die Gegenden anerkennt, wo es nach althergebrachter Gewohnheit noch in Uebung ſei, und welches er mit der allgemeinen l. 21. C. de test. dadurch in Einklang bringt, daß er es nur dann zuläßt, wenn in dieſen Gegenden ſich keine ſieben Zeugen zuſammenbringen ließen [18a]). Der genaue hiſtoriſche Zuſammenhang erhellt auch namentlich daraus, daß Juſtinian die ausdrückliche Mittheilung des Inhalts (welche das aus dem Wegfallen der Mancipationsförmlichkeiten hervorgegangene beſondere Requiſit des Civilteſtamentes war, und die natürlich da, wo es ſich überhaupt erhielt, auch beſtehen blieb), ganz ſpeciell als eine auch ferner zu befolgende Regel einſchärft. Ich kann die Worte der l. 31. C. de testam. hiernach ohne allen weiteren Commentar folgen laſſen:

> **Et ab antiquis legibus, et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est, et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Quum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia, quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad Dei humanitatem respicientes, necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. Sancimus itaque, in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani,**

18a) Dernburg (S. 264.), der dies ſchon bemerkt hat, verwirrt es nur wieder dadurch, daß er es für ſein nuncupatives Teſtament der ſpäteren Zeit hält, welches vor fünf Zeugen auch ohne alle tabulae und mit beliebiger Anzahl Signationen hätte gemacht werden können

d by Google

ubi et leges nostrae manifestae sunt, et literarum viget scientia, omnia quae in libris nostrorum Digestorum seu Institutionum, et imperialibus sanctionibus, nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari, nullamque ex praesente lege fieri innovationem. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus, antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere [19]), ita tamen etc. — — — Sin autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhibere jubemus; minus vero nullo modo concedimus. Si vero unus vel duo vel plures scierint literas, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris jurati deponant. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo, legum subtilitate remissa, firmum validumque consistat [20]).

---

19) Man sieht aus der ganzen Darstellung, daß nur in den Städten das schriftliche Testament vor sieben Zeugen, welches noch bei den Basilikenscholiasten testamentum Praetori cognitum (Heimbach IV. p. 86. ὅτε ἡ διαθήκη γνωρίζεται τῷ πραίτωρι) heißt, allgemein Eingang gefunden hatte, wogegen auf dem platten Lande auch im Orient das Civiltestament vor fünf Zeugen im Gebrauch geblieben war, denn im Jahre 534. war ja der Occident, namentlich Italien nicht unter Justinians Botmäßigkeit, so daß er von diesen Ländern nicht sprechen kann.

20) Sehr merkwürdig ist noch die Bemerkung des Basilikenscholiasten (XLV. 1. 3. Heimbach IV. p. 471.): Consuetudo autem in omni testamento etiam quinque testes admisit. (ἡ δὲ συνήθεια ἐπὶ πάσης διαθήκης καὶ πέντε μάρτυρας ἐδέξατο). — Danach scheint also, während Justinian das Prätorische Testament (abgesehen vom nuncupativen) als alleiniges Recht festhalten wollte, dennoch das gesetzliche Recht nie durchgedrungen, und das sog. testamentum ruri conditum nicht als ein Ausnahmsrecht, sondern ganz in der Stellung des früheren schriftlichen Civiltestaments bestehen geblieben zu sein.

§. 134. Die Intestatsuccession.

Nach der weitläuftigeren Darstellung, welche Veränderungen sich in der späteren Kaiserzeit mit der testamentarischen Succession zugetragen haben, ist hier nur mit kurzen Worten der Intestaterbklassen zu gedenken. Ich habe oben schon die Gründe angegeben, weßhalb ich diesen an und für sich weitläuftigen Gegenstand aus diesem Werke ausschließe [1]). Es ist bei ihm schon von vorn herein am ersten zu ersehen, was ich oben auch für das Notherbenrecht und die testamentarische Succession angegeben habe, daß ein einziger Begriff des Erbrechts besteht, in vier allgemeine Klassen (der Descendenten, **legitimi, cognati** und **vir et uxor**) vertheilt; daß es allerdings einige Unterschiede macht, namentlich in Bezug auf die Erbantretung, ob innerhalb dieser Klassen **jure civili** oder **praetorio** succedirt wird, daß dies aber eine materielle Scheidung des civilen und Prätorischen Rechtes durchaus nicht mehr hervorruft.

Wir sehen dies schon aus der Darstellung jenes im §. 127. Note 6. angeführten Diocletianschen Rescriptes, wie auch aus den mancherlei von der Intestatsuccession handelnden Stellen, welche oben bei der Entwicklung des neu entstandenen Begriffs der **successio** benutzt wurden.

Die drei ersten Klassen der Intestatsuccession strebten insgesammt dahin, lediglich aus dem Principe der Cognation neu regulirt zu werden. Die Kaiser haben diesem Ziele sich nur sehr langsam und unvollständig genähert, und erst Justinian hat in Nov. 118. gethan, was schon mancher Kaiser vor ihm hätte thun können, um so weniger aber kann man sich wundern, daß, wenn sie das viel Wichtigere, den Unterschied zwischen Agnation und Cognation noch immer mit sich fortschleppten, sie weit weniger daran dachten, die im Verhältniß unbedeutenden Unterschiede zwischen Civil- und Prätorischem Erbrecht ganz zu vertilgen, da sich beide der Hauptsache nach schon von selbst verschmolzen hatten.

Aus dieser Verschmelzung erklärt sich, daß z. B. Stellen wie **l. 20. C. de episc. et cler.** (v. Theod. II. u. Valent. III.) eine Gesammtübersicht über sämmtliche Erbklassen liefern, ohne

1) s. darüber z. B. v. Vangerow Leitfaden 1. §. 408—410.

Digitized by Google

es Unterſchiedes zwiſchen heredes und b. p. auch nur irgend u erwähnen [2]), daß dieſelben Kaiſer an einer anderen Stelle latt wie in der ebenangeführten alle Klaſſen aufzuzählen, den Fall, wenn Jemand ohne civilen und Prätoriſchen Erben ſtirbt, urz ſo bezeichnen: **si sine herede moriantur** [3]). Von ganz demſelben Fall heißt es in der **Nov. Anthemii tit. 3.** „**qui sine herede putabatur**, wobei denn auch in §. 1. die ganze Inteſtatſucceſſion **legitima successio** genannt wird. Und ganz analog umſchreibt Majorian die Inteſtatſucceſſion folgendermaßen: **si is, qui nulla testatori propinquitate conjungitur, neque ex iis personis est, quibus etiam ab intestato deferri quocunque gradu vel titulo poterat antiquo jure successio** [4]). Das Prätoriſche und Civilrecht, durch die Rechtswiſſenſchaft zuſammengearbeitet, erſcheinen hier der ſpäteren Zeit als ein einziges Ganzes, als **jus antiquum**, als **lex**, und der eigentliche Unterſchied zwiſchen Beiden iſt ſchon vorherrſchend ein hiſtoriſcher, der hauptſächlich nur zur Erläuterung der doppelten im Erbrecht gebräuchlichen Wörter dient [5]).

2) Si quis — nullo condito testamento decesserit, nec ei parentes utriusque sexus vel liberi, vel si qui agnationis cognationisque jure jungantur, vel uxor exstiterit etc.

3) l. 4. C. de hered. decur.

4) Nov. Majoriani tit. 6. §. 11. So ſagen auch ſchon Theodos und Valent. von den Ehegatten: ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant. l. un. C. unde vir et uxor.

5) Beſonders leſenswerth iſt auch noch l. 7. Th. C. de legit. her. v. Theodos II. und Valentinian III. — — Nunc vero parentibus exstantibus et propinquis ab intestato venire conjuges prohibemus. Itaque nulla mentio prioris legis sit, si qua hoc medio brevique tempore contigisse alicui dicatur conjugis ab intestato hereditas; et lege proposita divulgetur, omnem hujusmodi spem successionis, quae ab intestato defertur, conjugibus deponendam, nisi si ille casus emerserit, ut nemo de propinquis successionem mortui vindicare possit ex lege, cum fisco nostro qualiacunque jura matrimonii praeponamus. Hier ſind alle Klaſſen der Inteſtatſucceſſion (außer der der Kinder), obgleich aus ſo verſchiedenen Quellen entſtanden, als ganz gleichartig neben einander geſtellt. S. auch noch namentlich l. 1. u. 4. Just. C. de bon. vacant.

Drittes Kapitel.

Veränderungen in den formellen Agnitionsregeln.

§. 135. Schon unter Diocletian zeigt sich der materielle Begriff der **b. p.** als ein ganz anderer, wie er aus den Schriften der klassischen Juristen ersichtlich ist. Es mußte dies nothwendig auch auf die formellen Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts seine Einwirkungen äußern. Die Veränderungen, welche die Kaiser hierin getroffen haben, sind insgesammt (wir werden das bei jeder einzelnen leicht erkennen) nicht mit dem Zwecke getroffen, civiles und Prätorisches Erbrecht zu verschmelzen, sondern sie erklären sich gerade umgekehrt daraus, daß diese Verschmelzung bereits vorliegt, und es danach nun auch nothwendig wird, eine größere practische Gleichheit bei der Antretung des civilen sowie des Prätorischen Erbrechts herzustellen. Wenn die Kaiser auf eine directe Vereinigung Beider ausgegangen wären, so wäre das ja so leicht gewesen, aber sie halten geradezu gewisse Unterschiede zwischen beiden nicht ungern fest, weil, wie ich schon oben angab, sämmtliche praktische Rechtsquellen die Trennung von **heredias** und **bonorum possessio** voraussetzen, und eine völlige auch äußerliche Zusammenschmelzung jene Quellen dem leichten Verständniß weit mehr entrückt haben würde, als wenn man einzelne Unterschiede von nicht großer Wichtigkeit unter ihnen aufrecht erhielt.

Digitized by Google

Wir werden dies im Folgenden mehrfach zu bemerken Gelegenheit haben, und also das Resultat gewinnen, daß eine völlige Verschmelzung des civilen und Prätorischen Erbrechts vor Justinian nicht erlangt worden ist; aber die Zeit drängte doch immer mehr dahin, auch in Bezug auf die Antretung des Erbrechts eine gänzliche Gleichheit eintreten zu lassen, und wir finden auch davon schon einige wohl zu beachtende Spuren, indem in einzelnen Fällen die Kaiser ausdrücklich erklären, es solle eine Agnition der **b. p.** nicht mehr nöthig, und eine ganz formlose **hereditatis aditio** völlig genügend sein. Die Fälle selbst sind durchaus willkührliche, und es hätte ebensogut auch zufällig ganz andere treffen können.

So werden wir aus Allem uns das Bild construiren können, daß die Kaiser in unserer Lehre nicht mit bewußter und wohlberechneter Ueberlegung die Rechtsfortbildung leiten, sondern sich ganz leiten lassen von dem, was, als der Aenderung bedürftig, entweder schon ein ganz oberflächlicher Blick oder der reine Zufall ihnen darbot. —

Die kaiserlichen Gesetze, welche sich auf die Antretung des prätorischen Erbrechts beziehen, beginnen mit Constantin. Ich werde dieselben ganz nach der Zeitfolge, wie sie gegeben wurden, dem Leser vorführen, aber ich muß, wenn die Untersuchung verständlich und fruchtbringend sein soll, zwei andere Lehren mit hineinziehen, die **cretio** und die **missio ex edicto divi Hadriani**, welche, wie wir nachher sehen werden, in genauem historischen Zusammenhange mit der Entwicklung der Prätorischen Agnitionsregeln stehen. Es bedarf aber zu dem Ende, ehe wir das erste Constantinsche Gesetz kennen lernen, noch folgender Vorbemerkungen:

Zur Zeit Diocletians bestanden, wie wir oben gesehen haben, als Erwerbungsarten der **successio**, d. h. des definitiven Erbrechts die drei Formen: **cretio, pro herede gestio,** und **agnitio bonorum possessionis.** Jene ersteren Beiden werden auch zusammengefaßt unter dem Namen der **hereditatis aditio.** Betrachten wir alle drei noch etwas genauer, indem wir mit der letzten beginnen:

1) die Agnition der **b. p.** ist zu Diocletians Zeit durchaus nicht mehr, wie ich das oben ausführte, eine durch

das freie Ermessen des Prätors überwachte Handlung, nicht mehr die eigenthümliche, zum Zweck einer raschen Erbschaftsregulirung eingeführte, Ertheilung eines besonderen Erbrechtsbesitzes. Dies directe Eingreifen der Beamten, die absichtliche Constituirung eines interimistischen Repräsentanten, bis der säumige wahre **heres** sich meldet, ist weggefallen. Die **b. p.** ist ebenso definitives Erbrecht geworden wie die **hereditas**, nur eben mit der Eigenthümlichkeit, daß, wer davon Gebrauch machen will, sich beim Magistrat in bestimmter Zeit melden muß, während dies bei der **hereditas** nicht nöthig ist. Aus dieser Agnition geht dann aber, ebenso wie bei der **hereditatis aditio**, die **successionis vindicatio** hervor, und die Agnition hat nur noch außerdem die besondere Folge, daß sie zu einem eigenen possessorischen Rechtsmittel, dem **Int. quor. bon.** berechtigt, welches bei der **her. aditio** nicht der Fall ist, und deßhalb war auch noch jetzt, wie zu Gaius Zeit, die Agnition für den Civilerben von Interesse.

Die Agnition war also zu Diocletians Zeit allerdings etwas ganz Anderes als früher, aber es war das eine innere Veränderung, hervorgerufen dadurch, daß die Handhabung der **b. p.** eine andere geworden war, daß das Prätorische Erbrecht jedem aus einer anderen Rechtsquelle deferirten Erbrecht sich gleichgestellt hatte, d. h. ein Complex von Rechtsregeln war, nach welchem die Erbrechtsprocesse entschieden wurden, nicht mehr ein System, nach welchem der Prätor meist ohne allen Proceß die Erbschaftsangelegenheiten regulirte.

Dagegen hatte sich äußerlich an der Agnition noch nichts verändert. Es müssen für dieselbe nach Prätorischem Edict noch besondere Formvorschriften bestanden haben, die wir nicht mehr kennen, da Justinian nach dem damaligen Rechtszustande sie in die Compilation nicht aufnehmen konnte. Dennoch deuten uns die Quellen mehrfach darauf hin, und Einiges läßt sich schon aus einem natürlichen praktischen Bedürfniß von vorn herein vermuthen. Daß der Prätor z. B. eine in hergebrachten Wortformeln je nach den verschiedenen Klassen abgefaßte Urkunde [1]) dem **b. possessor** zu seiner Legitimation einhän-

[1]) Namentlich wohl mit Bemerkung des Todestages und der Agnitions-

Digitized by Google

digte, scheint mir dem Römischen Wesen sehr zu entsprechen. Bei der Menge der Agnoscirenden konnte er selbst doch unmöglich im Gedächtniß behalten, ob sie Alle auch wirklich vor ihm erschienen waren [2]).

Doch sei dem wie ihm wolle, daß eine gewisse Formalität bestand, zeigen die Quellen mit Sicherheit. So haben wir schon mehre Diocletianische Stellen an einem anderen Ort kennen gelernt, worin von dem **solenniter petere** als geltendem Recht die Rede ist [3]). Dasselbe geht aus der später noch genauer zu erörternden **l. 9. C. qui admitti** hervor, wonach von jetzt an **qualiscunque testatio amplectendae hereditatis** genügen soll, was also früher anders gewesen sein muß; und mit Rücksicht hierauf hebt Justinian im **§. 10 I. de b. p.** es nochmals besonders hervor, daß **quocunque modo admittendi eam indicium** genügen soll [4]).

Neben diesen Formen bestand auch noch immer die sich aus der früheren Prätorischen Zeit erklärende Regel, daß die Agnition vor dem **competenten** Richter geschehen müsse, was noch ein Rescript von Constantius aus dem Jahre 305 anerkennt [5]).

2. **Die pro herede gestio** ist an und für sich die Erwerbung der Erbschaft durch factische Handlungen, und dem stellte man auch gleich, ohne eine besondere Klasse daraus zu machen, die Antretung durch bloße Willenserklärung [6]), welche man heutzutage **hereditatis aditio** im engern Sinne nennt. Mir scheint der oben schon geäußerte Gedanke sehr erklärlich, daß die Römer früher meinten, wo nicht die besonderen For-

---

zeit, worauf ja hinterdrein so viel für die Frage ankommen konnte, ob zur rechten Zeit agnoscirt sei.

2) Ein Erbschaftsfall konnte sich ja auch durch das Amt mehrer Prätoren hindurchziehen.

3) s. oben §. 132. Note 4. und 5.

4) So auch l. 7 §. 3. C. de curat. fur. — quum petitio bonorum possessionis Constantiniana lege **sublata est**, et ab ea **introducta observatio pro antiqua sufficit petitione.**

5) l. 7. C. qui admitti. — **competens judex** dedit bonorum possessionem.

6) s. oben §. 128. zu Note 8—12.

men nöthig seien, da müsse der Erbe wenigstens durch factische Einmischung seinen ernsten Willen darthun. Um die **pro herede usucapio** auszuschließen, war entschieden Besitzergreifung der Erbschaftssachen nöthig (Bd. I. S. 29), die Erbantretung muß gleichsam der Anfang sein, wodurch man die Ernstlichkeit an den Tag legt, die **pro herede usucapio** unmöglich zu machen. Freilich muß, wenn man seinen Willen in einer solennen Rechtsform, der **cretio**, vor Zeugen [7]) erklärt, dies als genügende Ernstlichkeit, den Usucapienten entgegentreten und die Gläubiger befriedigen zu wollen, erscheinen; aber eben, wo diese **cretio** nicht eintritt, da entsprach es ganz dem Wesen des älteren römischen Rechtes, daß man nicht die **nuda voluntas suscipiendae hereditatis** für genügend ansah, sondern zugleich schon den Anfang der Besitzergreifung der ganzen Erbschaft oder irgend eine factische Einmischung für nöthig erklärte [8]). So erst wird die Römische Ausdrucksweise verständlich, wonach neben die **cretio** immer nur die **pro herede gestio** gestellt, und zu letzterer auch die erst später für genügend erachtete formlose Willensäußerung gerechnet wird.

3) In welchem Verhältniß nun aber die **cretio** zu dieser **pro herede gestio** in früherer Zeit gestanden habe, ist nichts weniger als klar. Es wird vielfach heutzutage bei der **cretio** nur an die vom Testator angeordnete, mit einer Ausschließungsfrist verbundene, Antretungsform gedacht, und so ist auch in unserem ersten Bande von derselben als einem durch die Sitte der Testatoren aufgekommenen Aushülfsinstitute die

---

7) Varro de lingua lat. VI. 81. (ed. Müll.). Cicero ad Att. XIII. 46.

8) Noch Labeo muß dies angenommen haben, denn er meinte sogar, daß wenn Jemand schwört (in Folge der Anordnung des Testators), er wolle Erbe sein, dies noch keine genügende Antretung sei. In der Folgezeit erst hat sich dies geändert, wie die späteren Juristen ausdrücklich bezeugen. fr. 62. pr. de acq. her. (Javol.) Antistius Labeo ait: si ita institutus sit: „si juraverit, heres esto," quamvis juraverit, non tamen eum statim heredem futurum, antequam pro herede aliquid gesserit, quia jurando voluntatem magis suam declarasse videatur. Ego puto, satis eum pro herede gessisse, si ut heres juraverit. Proculus idem, eoque jure utimur.

Digitized by Google

Rede gewesen, wodurch man wenigstens in gewissen Fällen die Mängel abzustellen suchte, welche dann erst vollständig die **b. p.** vertrieb. Aber als das durch den Willen der Testatoren Festgestellte ist doch eigentlich nur die Cretionsfrist recht denkbar, nach deren Ablauf dann ein anderer gerufen werden soll. Daß nun ganz gleichzeitig hiermit und gerade nur aus diesen Anordnungen der Testatoren sich eine ganz neue Antretungsform entwickelte, welche auch lediglich in diesen beschränkten Gränzen geherrscht hätte, scheint mir eine Annahme voll von Unwahrscheinlichkeiten. Das Interesse der Testatoren ging ja nur darauf, daß eine Frist und eine **successio** mehrer Grade bestände, wie soll man sich denken, daß die Testatoren darauf gekommen wären, von dem in die Frist Eingeschlossenen eine ganz eigenthümliche bis dahin nicht bekannte Antretungsart zu verlangen. Und wenn wir auch zugeben wollten, daß sich in dieser Weise die Entstehung der neuen Antretungsform denken ließe, daß also bis dahin nur die **pro herede gestio** den Römern bekannt war, wie soll es sich erklären, daß die Anordnung der Cretion etwas so Nothwendiges wurde, daß die Testatoren, wenn sie überhaupt eine Frist anordnen wollten, dies nicht anders als durch Anordnung einer Cretion konnten, daß sie nicht auch bloß die **pro herede gestio** in einer gewissen Zeit hätten vorschreiben dürfen? Ueberhaupt ist doch auch nicht zu bestreiten, daß wenigstens in der Weise die **cretio** von jeher eine allgemeine Antretungsform der Erbschaft war, daß auch wenn sie nicht vom Erblasser vorgeschrieben war, der Erbe, falls er diese Form vorzog, damit eine vollkommen gültige **herediatis aditio** vornahm [9]), und da, wie wir eben zeigten, die ganz formlose Willenserklärung erst einer späteren Zeit angehört, so war dies früher von sehr großer Bedeutung, denn wenn ein berufener **heres** abwesend war, und eine factische Einmischung in die Erbschaft (**pro herede gestio**) nicht möglich machen konnte, so ließ sich doch wenigstens durch Vornahme der Cretion vor ein Paar Zeugen die Antretung bewerkstelligen.

9) Gai II. 167. At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato jure legitimo ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo — — heres fieri. Dies hebt mit Recht Huschke Studien I. S. 254. hervor.

Hiernach leuchtet schon das ein, daß **cretio** und Cretionsfrist, wenn auch die letztere nicht ohne die erstere vom Testator angeordnet werden kann, doch in der Weise von einander zu trennen sind, daß es eine Cretion auch ohne alle Anordnung im Testament giebt. Es ist also völlig unwahrscheinlich, daß das ganze Institut der Cretion erst aus der Sitte der Testatoren, Deliberationsfristen anzuordnen, entstanden sein sollte. Dagegen ist die historische Entwickelung eine durchaus natürliche, wenn man sich den Hergang umgekehrt denkt.

Es ist dem Charakter des alten römischen Rechts durchaus angemessen, daß, da alle Rechtsgeschäfte unter solennen Errichtungs-Formen standen, auch die **hereditatis aditio** solchen unterworfen war. Daß für diese die **nuda voluntas suscipiendae hereditatis** von jeher genügt hätte, scheint mir fast eine Undenkbarkeit, ja auch daß schon von Anfang an die **pro herede gestio** neben der formellen Antretung bestanden hätte, dünkt mir unwahrscheinlich. Bei den zunächst Stehenden, den **sui**, erklärte das Recht alle Antretung für unnütz, aber den Entfernteren, Agnaten, Gentilen und den **scripti heredes**, mag Anfangs wohl allgemein die Pflicht der **cretio** obgelegen haben [10]).

Ich kann dies freilich nicht aus den Quellen beweisen, aber erst durch diese Annahme gewinnt die spätere Gestalt der **cretio** ihre Erklärlichkeit. So erst kommen wir von selbst zu dem Resultate, daß, als sich schon in ganz alten Zeiten das Bedürfniß zeigte den **scriptus heres** in eine Deliberationsfrist einzuschließen, ihm natürlich vorgeschrieben wurde, in dieser Zeit die **cretio**, d. h. die einzige damals bestehende Erbantretung vorzunehmen; und so kann man denn auch begreifen, daß

---

10) Dasselbe vermuthet schon Mühlenbruch in seiner Ausgabe der Heineccischen Antiquitates S. 446. Note l., indem er noch besonders hervorhebt, daß unter den **actus legitimi** des fr. 77. **de reg. jur.** die **her. aditio** aufgezählt wird, was nur die **cretio** bedeuten kann **Isidor. Or. V. 9. — Jus Quiritium est proprie Romanorum, quod nulli tenent, nisi Quirites, id est Romani, tanquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus etc.** s. auch ebendas **V. 24.**

Digitized by Google

selbst später, als die **cretio** nicht mehr die einzige Art der **hereditatis aditio** war, an dem einmal hergebrachten Satze festgehalten wurde, daß der Testator, der eine Deliberationsfrist anordnen wolle, dies mit der Anbefehlung der **cretio** zu verbinden habe [11]).

Man erkannte nun, wohl noch am Ende der Republik, an, daß im Allgemeinen die **pro herede gestio** der **cretio** gleichstehen solle, aber die Punkte, in denen die letztere bestehen blieb, zeigen recht deutlich, daß es Ueberreste aus alter Zeit sind, wo die **cretio** eine größere Ausdehnung gehabt haben muß, da es, soviel ich wenigstens sehen kann, gänzlich unerklärlich ist, wie diese Punkte als einzelne singuläre hätten entstehen können. Die Fälle nämlich, worin zur Zeit der klassischen Juristen die **cretio** vorkommt, sind folgende drei. Zwei davon wurden eben bereits erwähnt:

a) Jeder **heres** kann, wenn er will, durch **cretio** die Erbschaft erwerben. (Note 9)

b) Wenn der Erblasser Jemanden **cum cretione** eingesetzt hat, so wird freilich regelmäßig in dieser Form die Erbschaft angetreten, aber die **pro herede gestio** hat sich auch hier ihr fast ganz gleichgestellt [12]).

c) Neben diesen beiden Fällen, worin die **cretio** durch **pro herede gestio** ersetzt werden kann, steht ein dritter, ihnen darin ungleichartig, daß hier die **cretio** vorgenommen werden muß, wenn die **hereditas** erworben werden soll. Sobald nämlich ein Haussohn oder **servus** eingesetzt wird, so bedarf es, nach vorgängigem **jussus** des Hausvaters oder des Herrn, der **cretio**, auch wenn der Testator dieselbe gar nicht anbefohlen hat [13]). Es hat hier seine guten Gründe, daß die bloße

---

11) In dieser Gestalt kommt wenigstens in den Vorjustinianeischen Quellen die Anordnung einer Antretungsfrist lediglich vor, während freilich in den Pandekten z. B. in fr. 72. de acq. her. für das cernat, welches der Jurist geschrieben haben wird, adeat gesetzt werden mußte.

12) Gai. II. 178.

13) v. Löhr, Magazin III. S. 141. bemerkt dies bereits mit Berufung auf Cic. ad Attic. XIII. 46. 47. u. l. 1. Cod. Gregor de patr. pot. (XII. 1.). s. auch Schilling Bem. über Röm. R. G. S. 200.

Digitized by Google

factische Einmischung für nicht genügend gehalten wurde, es bedarf erst einer ausdrücklichen Willenserklärung von Seiten des Hausherrn, in Folge deren auch die Handlung der hausunterthänigen Person sehr natürlicher Weise eine ausdrückliche Willenserklärung sein muß, und dafür hat sich denn aus der Zeit, wo die **nuda voluntas** noch nicht zur Antretung genügte, die solenne Cretionsform, weil man dies für den Haussohn und Sklaven für passend hielt, stets erhalten [14]). Als daher für die Haussöhne die Möglichkeit aufkam, **ab intestato** berufen zu werden, so wurde die **cretio** auch auf diese Fälle übertragen. Dies beweist eben, daß sie eine allgemeine Vorschrift für die hausunterthänigen Personen war, und nicht die besondere Anordnung im Testamente voraussetzte. —

Nach diesen Bemerkungen wird uns die folgende Darstellung verständlich werden. Die Fortbildung der Prätorischen

---

Note 545. — Hierfür muß auch noch (s. Huschke a. a. O.) Gaius II. 185—190 angeführt werden, der offenbar beim servus die cretio für nothwendig hält, denn wenn er auch mit dem Worte adire hereditatem abwechselt, so ist daraus kein Gegengrund zu entnehmen, da dies nur der allgemeine Ausdruck ist, unter den auch das cernere fällt. — Interessant ist auch fr. 25. de acq. vel om. her., von der es sich beweisen läßt, daß Ulpian in der ganzen Stelle vom cernere gesprochen hat. Es heißt nämlich im §. 7: aut quid, si petitam bonorum possessionem ratam habuit, mox filius adeat hereditatem. Ulpian kann adeat gar nicht geschrieben haben, weil das als ein ganz unbestimmter Ausdruck Beides, das pro her. gerere und das cernere, umfaßt. Pro herede gerat kann er aber nicht geschrieben haben, weil das schon in der Agnition der b. p. liegt (l. 12. C. de jure del.), also nicht noch besonders nachfolgen kann. Er muß also cernat geschrieben haben. Das cernere mußten die Compilatoren in dieser und anderen Stellen ebenso streichen, wie in l. 7. C. de jure del. (s. oben §. 128. Note 13.).

14) Umgekehrt aber freilich stellte sich der Satz fest, daß der Vater mit Einwilligung des Sohns durch pro herede gestio erwerben könne. l. 4. C. de jure del. (Decius. 250.) Filiofamilias delata hereditate, si pater pro herede voluntate filii gessit, solenitati juris satisfactum videri, saepe rescriptum est. Mit den Worten solennitati juris ist offenbar auf die eigentlich auch hier erforderliche cretio gedeutet. — Aehnlich wie im Texte erklärt auch Huschke a. a. O. das Bestehen der cretio bei den hausunterthäni-

Digitized by Google

Agnitionsregeln geht nämlich Hand in Hand mit der allmähligen Aufhebung der **cretio**. Aber es wird hiebei immer nur der dritte von den eben angeführten Fällen genannt, und es kann uns das nicht auffallen, da in den anderen beiden die **cretio** schon zur Zeit der klassischen Juristen keine Nothwendigkeit mehr war. Die Kaiser konnten es also ganz der Sitte und den Privatleuten überlassen, ob sie noch besonders **cernere** oder bloß **pro herede** geriren wollten. Wie lange in dieser Weise das **cernere** noch vorgekommen ist, weiß ich nicht, ganz aus freien Stücken wird sich kein **heres** die unnöthige Weitläuftigkeit gemacht haben, und auch wenn der Erblasser sie im Testamente anordnete, so brauchte der **scriptus** sich ja doch nicht danach zu richten. Ueberhaupt aber können diese Anordnungen der **cretio** in den Testamenten nur noch sehr selten, und dann mehr aus bloßer Nachahmung der alten Rechtsformen vorgekommen sein, denn für die Substitutionen waren sie nicht mehr nöthig, und für die Deliberationsfrist brauchte der Erblasser nicht mehr besonders zu sorgen, da diesem Bedürfniß durch die Fristen der **b. p.** und durch das wieder aus der **b. p.** hervorgegangene **jus deliberandi** genügend abgeholfen war.

So selten also noch außer in dem dritten Fall Cretionen vorkommen mogten, so fand es Justinian doch für nöthig, ein

---

gen Personen. Nur scheint er mir nicht genug hervorzuheben, daß hier die Antretung durch die cretio wirklich von Anfang eine Nothwendigkeit war, die aus älterer Zeit her bestehen blieb, während diese Nothwendigkeit umgekehrt für den antretenden Vater, für den **cum cretione institutus**, und überhaupt für jeden anderen Erben, durch das Hervortreten der **pro herede gestio** sich verlor. Huschke übersieht auch überhaupt, daß nach Römischer Anschauung dem **cernere** nur das **pro herede gerere** gegenübergesetzt wird, während die formlose Willenserklärung unter das letztere fällt, und überhaupt in sehr wenig Stellen erwähnt wird. Deßhalb fällt es ihm auch als merkwürdig auf, daß bei **Gai. II. 167.** nur das **cernere** und **pro her. gerere** mit **aut—aut** einander gegenübergesetzt wird, während sich dann die formlose Willenserklärung nur mit **vel** an die **pro her. gestio** anknüpft. — Uebrigens ist noch eine einzige Ausnahme zu bemerken, wo die **cretio** beim Haussohne nicht stattgefunden hatte, und doch eine gültige Erbantretung angenommen werden soll. Diese ist aber leicht erklärlich. **l. 10. C. de her. pet.**

Digitized by Google

Gesetz, welches sich nur auf jenen dritten Fall bezog, bei der Aufnahme in den Codex [15]) zu verallgemeinern, und ihr den Sinn einer vollständigen Aufhebung der **cretio** zu geben; und es verstand sich natürlich von selbst, daß alle übrigen im **Corpus juris** von der **cretio** handelnden Stellen interpolirt werden mußten [16]).

So haben wir denn auch dieses Institut bis zu seinem Ende verfolgt, wie wir es im ersten Bande S. 67. versprochen hatten; und es ist damit der Weg gebahnt, um zu dem eigentlichen Gegenstande dieses Kapitels nunmehr übergehen zu können.

§. 136. — 1) Constantin, welcher ja überhaupt den Formen so abhold war, beginnt die unsere Lehre modificirende Gesetzgebung im Jahr 319. mit der **cretio** [1]). In **l. 1 Th. C. de mat. bon.** (8. 18.) trifft er die Bestimmung, daß das von der Mutter ererbte Vermögen der Kinder nicht mehr ins freie Eigenthum des Vaters fallen soll, und demgemäß hebt er die **cretio** auf, welche dies bisher zur Folge gehabt hatte [1a]).

15) l. 17. C. de jure del.

16) So z. B. auch fr. 69. de ac. vel om. her. (nisi aut adeat [cernat] aut pro herede gerat), welches, wie wir oben nachgewiesen haben, von der in das spatium deliberandi eingeschlossenen civilrechtlichen Antretung handelt, also beide Formen derselben erwähnen mußte, während das adeat ein ganz unbezeichnender Ausdruck gewesen wäre. s. §. 114.

1) Im Uebrigen erkennt Constantin ganz den oben nachgewiesenen Begriff der successio, sowie die Dreizahl der Antretungsformen dieser successio an. l. 2. Th. C. de int. rest. — §. 4. Cum vero major successionem fuerit adeptus minoris, siquidem civili jure ab intestato vel ex testamento successerit, mox cum creta fuerit vel adita hereditas, si vero honorario jure, ex quo bonorum possessio fuerit accepta, examinando integri restitutionis negotio solida, sine ulla deminutione, tempora supputentur, quae non pro locis regionibus atque provinciis, in quibus morantur, qui heredes aut bonorum possessores sunt, observari jubemus, sed in quibus defuncti domicilia collocaverant. Die adita hereditas bedeutet dasselbe, was in der anderen gleich mitzutheilenden Stelle aditio simplex heißt.

1a) Es kann uns nicht wundern, daß trotz dieser Aufhebung die cretio in l. 2. Th. C. eod. noch wieder bei der materna successio er-

Digitized by Google

Cesset itaque in maternis duntaxat successionibus commentum cretionis, et res quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruendi pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur.

Zwei Jahr darauf 321. regulirt Conſtantin in l. 1. Th. C. de legit. her. (5, 1.) das Erbrecht der Mutter den Agnaten gegenüber, und hebt dabei für dieſen Fall die Agnition der b. p. ganz auf:

ita ut, nec petita bonorum possessione, (quoniam hujus legis, non praetoris est beneficium) illico, ut sibi delatae partionis dies exstiterit, aditione simplici, arrepto rerum quolibet corpore, vel animi destinatione patefacta, plenum dominium delatae sibi portionis consequantur, facultate eis perpetua, dum advixerint, tribuenda in adeunda concessa sibi parte successionis.

Conſtantin giebt hier die Hauptnachtheile an, wodurch die b. p. hinter dem Civilerbrecht zurückſteht. Sie gewährt kein civilrechtliches Eigenthum (plenum dominium) ſondern nur das in bonis; indeſſen war das nur noch mehr ein theoretiſcher, als ein praktiſch wichtiger Unterſchied, da der b. possessor doch nicht minder definitiv das Vermögen hatte [2]). Ferner aber wird, was ſehr wichtig war, hervorgehoben, daß die civile Erbantretung eine perpetua iſt, ſo lange der Berufene lebt (und ihm nicht ein spatium deliberandi geſetzt wird), während die b. p. eine von ſelbſt ablaufende Deliberationsfriſt enthält. Dann aber iſt überhaupt im Anfange der Stelle durch den Gegenſatz der b. p. und der aditio simplex dar-

---

wähnt wird. Das Geſetz iſt einen Monat jünger und beſtimmt das Rechtsverhältniß, in dem das Vermögen beim Vater, der es ſchon vor der l. 1 cit. durch cretio erworben hatte, ſtehen ſoll.

2) Die Umgeſtaltungen, welche in der Eigenthumslehre mit dem dom. ex jure Quirit. und dem in bonis vor ſich gingen, haben auf das Verhältniß der hereditas und b. p. durchaus keinen ſolchen Einfluß gehabt, daß man darin einen Grund für die Umgeſtaltung des Prätoriſchen Erbrechts finden könnte.

Digitized by Google

auf hingewiesen, daß die Agnition jener etwas Solennes ist, während die letztere, d. h. die **pro herede gestio** nach gewöhnlichem Sprachgebrauch, eine reine Privathandlung ohne Formalitäten ist.

Die Kaisergesetzgebung hätte in dieser Weise fortfahren, d. h. die solennen Agnitionsregeln der **b. p.** an und für sich bestehen lassen, aber immer mehr Fälle, auf die der Zufall sie gerade führte, ihr entziehen können, bis dann nach und nach die Regel selbst in den Ausnahmen aufgegangen wäre. Im Folgenden aber sehen wir einstweilen diesen Weg verlassen. Man suchte dagegen die Agnitionsregeln selbst, der formloseren **pro herede gestio** mehr zu nähern.

2) Im Februar 339 hat Constantius, von Laodicea aus, umfassende Veränderungen der bisher gebräuchlichen Formalitäten in verschiedenen Theilen des Erbrechts verordnet. Wahrscheinlich sind die Bruchstücke, welche wir an mehren Orten des Codex zerstreut finden, ursprünglich ein einziges Gesetz gewesen. Es werden alle die für die Erbeseinsetzungen bisher nöthigen Wortformen, und Alles was bei den **judicia mortuorum** nur einen **imaginarius usus** hat [3]), für unnöthig erklärt (**l. 15 C. de testamentis**), es soll auch bei Legaten und Feideicommissen die bisherige **verborum observantia** nicht mehr **necessaria** sein (**l. 21 C. de legatis**).

Schon lange hat man bemerkt, daß die **l. 9. C. qui admitti ad b. p. poss.** mit diesen beiden Gesetzen zusammengehört [4]); sie hat offenbar dieselbe Tendenz, sie ist ebenfalls an den Kalenden des Februar zu Laodicea erlassen; Zweifel hiegegen erregt nur, daß in der Subscription die Jahrszahl fehlt, und daß Justinian in **l. 7 §. 3 C. de curat. furiosi**, indem er auf dies Gesetz hinweist, es eine **Constantiniana lex** nennt [5]).

3) Daß hiermit direct die Mancipationsförmlichkeiten des civilen Testamentes aufgehoben seien, läßt sich allerdings nicht behaupten (s. Savigny Zeitschr. f. gesch. R. W. I. S. 81 not. 5), aber daß der ganze Sinn des Gesetzes das Seinige dazu beigetragen hat sie allmählig außer Gebrauch kommen zu lassen, ist doch eine sehr natürliche Annahme.

4) s. die Note zu diesem Gesetz in der Herrmannschen Ausgabe.

5) s. oben §. 135 Note 4. — Zu vermuthen, es sei hier ein Constan-

Digitized by Google

In dieser l. 9. ist nun für die b. p. Folgendes bestimmt:

Ut verborum inanium excludimus captiones, ita hoc observari decernimus, ut apud quemlibet judicem vel etiam apud duumviros qualiscunque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco jure temporibus coarctanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus, properantius exseratur, nihilominus tamen efficaciam parem, quasi suis sit usa curriculis, consequatur.

Die Agnition der b. p. ist freilich ausdrücklich gar nicht genannt, daß aber doch von ihr die Rede sei, kann, wohl ohne daß ich die Gründe angebe, als unzweifelhaft angenommen werden. Es zeigt uns dies nur, so wie auch die Anfangsworte, daß die Stelle aus einem größeren Gesetze genommen sein muß, worin schon vorher auch von der b. p., und den Formalitäten der Agnition die Rede war.

Es ist dreierlei, was wir hier verändert finden: die Agnition wird der pro her. gest. darin gleichgestellt, daß jede **animi destinatio patefacta** genügen soll, sie unterscheidet sich von der civilrechtlichen Antretung nur noch dadurch, daß sie vor einem Richter geschehen muß, aber dies braucht nicht mehr (und das ist die zweite Bestimmung) der competente Richter zu sein, was noch Constantin anerkannt hatte, und endlich drittens braucht nicht mehr die Frist der vorhergehenden Klasse abgelaufen zu sein.

In Bezug auf diesen letzten Punkt haben wir schon früher das Resultat gewonnen, daß von jeher der in einer späteren Klasse Stehende auch vor Ablauf der früheren Frist die b. p. erhalten konnte, wenn er bewies, daß der in dieser Klasse

---

tinisches Gesetz genannt, das wir nicht kennen, würde höchst gewagt sein, da die l. 9. cit. so vollkommen paßt, und Justinians Citat es sehr unwahrscheinlich macht, daß er etwas berücksichtigt habe, was nicht in den Codex aufgenommen wurde. — Wir dürfen also wohl in dem Ausdruck Constantiniana lege den Fehler suchen, mag er nun von den Compilatoren oder den Abschreibern veranlaßt sein. Andere halten indeß den Constantin für den wahrscheinlichen Verfasser.

Digitized by Google

Stehende weggefallen sei. Dieser Beweis wird jetzt erlassen, ja noch mehr, wenn auch der in der früheren Klasse Berufene durchaus sein Erbrecht noch nicht aufgegeben hat, so kann doch der Spätere bereits agnosciren. Der Kaiser mußte dies nothwendig gestatten, da er erlaubte, daß vor jedem Richter die Agnition geschehen könne, daß also auch in ganz verschiedenen Gegenden vor verschiedenen Richtern mehre Erb-Prätendenten sie vornehmen dürften. Ein Aufrechterhalten der hintereinanderstehenden Fristen ist ohne die Voraussetzung eines einzigen competenten Richters, der die **b. possessiones** sämmtlich zu ertheilen hat, nicht denkbar, es mußte also mit dieser letztern Voraussetzung von selbst fallen, auch wenn es der Kaiser nicht ausdrücklich gesagt hätte. So konnte es also vorkommen, daß ein Späterer früher **b. p.** agnoscirte, als ein früher Berufener, und es ist nicht daran zu denken, daß nun dadurch diesem Letzteren sein Recht auf Agnition verloren gewesen wäre [6]), sondern auch er konnte noch immer agnosciren, so lange seine Zeit nicht verstrichen war, und ein Erbschaftsstreit entschied dann das nähere Erbrecht unter Beiden.

Hieraus sieht man die Richtigkeit des oben (§. 127) Geäußerten, daß der Kaiser solche Veränderungen mit der Agnition gar nicht hätte vornehmen können, wenn nicht die Agnition selbst durchaus schon etwas Anderes gewesen wäre, als früher, d. h. nichts als eine besondere Form der Erbschaftsantretung. Es war wenn Zwei aus verschiedenen Klassen **b. p.** agnoscirt hatten, ganz ebenso, als wenn zwei nach dem **jus civile** hinter einander Stehende die **hereditatis aditio** vornahmen, unter denen dann eben auch der Erbschaftsstreit entscheiden mußte; und da, wie wir gesehen haben, die Agnition schon seit so langer Zeit diese Gestalt einer reinen Erbantretungsform angenommen hatte, so mußte es allerdings als eine sehr drückende und ganz unnütze Fessel erscheinen, daß man noch immer den competenten Richter in den hintereinander stehenden Fristen anzugehen hatte, ebenso drückend und unnütz als die **verborum**

6) Nach dem Recht der klassischen Juristen kann, falls einmal **b. p.** ertheilt ist, sie nicht noch ferner gegeben werden, außer wenn beide Erbittende zusammen berufen sind.

Digitized by Google

captiones bei den Erbeinsetzungen und Legaten, welche der Kaiser zu gleicher Zeit mit aufhebt. Alle diese drei Gesetze sind nicht Bestimmungen, welche die betreffenden Lehren erst umgestaltet haben, sondern äußere Aenderungen, die bei den damals schon ganz veränderten Verhältnissen auch ein völlig oberflächlicher Blick für nothwendig erkennen mußte.

3) Constantius läßt aber diesen Anordnungen rasch noch ein anderes Gesetz folgen, welches **pridie Id. Mart. 339.** zu Heliopolis erlassen worden ist. Auch hievon sind uns zwei verschiedene Bruchstücke erhalten, das eine die **cretio**, das andere die **b. p.** betreffend.

Das erstere Bruchstück ist **l. 4 Th. C. de mat. bon.**: **Cretionum observantium praecipimus removeri, per quam filii patriae potestati subjecti res ex materna hereditate vel diversis successionibus ad se devolutas antehac his, in quorum potestate fuerant, acquirebant, ut intra sextum annum facultates ad se pertinentes . . . . . liberis siquidem superstites . . . . . intra praefinitum tempus . . . . . ex materna hereditate vel genere . . . . . ad ipsos devoluta sunt, ad proximos . . . . . pertineant, quoniam priorem nostram jussionem, quae sine temporis distinctione filiorum successiones ad patres jusserat pertinere, aequitatis ratio corrigi persuasit. Si quis vero ex paterno genere vel amicis paternis quacunque ratione reliquerit, id simili justitiae moderamine ad patrem aut ad patris genus pertineat, ut ex utraque familia manentes facultates singulis quibuscunque cessisse potius quam adepta esse videantur. Post emensum vero sextum actatis suae annum adaeque sine ejusdem cretionis necessitate delatas sibi qualicunque successionis genere facultates ad eos, in quorum potestate sunt, jure patrio transmittant.**

Mir scheint der Sinn dieser Stelle weder von Löhr noch von Schilling [7]) richtig bestimmt zu sein. Ersterer meint, daß

7) v. Löhrs Uebersicht der Constitutionen von Constant. bis Theod. II. S. 34. — Schillings Bem. über R. R. G. S. 394 ff.

Digitized by Google

die **cretio** hiedurch schon überhaupt bei allen dem **fil. fam.** deferirten Erbschaften aufgehoben sei. Dem widerspricht, wie Schilling mit Recht beweist, die **l. 5 u. l. 8 Th. C. eod.** Letzterer findet dagegen hier nur eine Bestätigung der **l. 1 eod.**, welche wir schon haben kennen lernen.

Der Kaiser spricht vielmehr, wie trotz der Lücken ersichtlich ist, von den dem **fil. fam.** aus der väterlichen wie der mütterlichen Familie (**ex utraque familia**) zugefallenen Erbschaften. Wenn nun der **fil. fam.** vor dem Beginn des siebten Jahres wieder wegfällt, so soll die Erbschaft, als wenn sie ihm nicht deferirt worden wäre, unverändert in dem **paternum** oder **maternum genus** weiter deferirt werden. Darin liegt, daß der Vater auch nie mehr für sich selbst Rechte auf die Erbschaft daraus ableiten kann, daß sie seinem Sohne deferirt worden sei, und so ist es eine nothwendige Folgerung, daß der Kaiser die **cretio**, durch welche eben das Vermögen an den Vater bisher gelangte, positiv verbietet (**praecipimus removeri**) [8]).

Anders aber ist es, wenn das Kind das sechste Jahr überlebt. Der Kaiser läßt hier in den Fällen, von denen überhaupt sein Gesetz spricht, (d. h. bei den von dem väterlichen oder mütterlichen **genus** testamentarisch oder **ab intestato** [9]) auf den

8) Man muß nur stets im Auge behalten, daß die Aufhebung der **cretio** keineswegs bloß die einer Formalität ist, sondern daß sie materielle Bedeutung hat, indem nun eben nicht mehr das fragliche Vermögensstück ins volle Eigenthum des Vaters fällt. Die Aufhebung der **cretio** geht also Hand in Hand mit der Entwickelung der **bona adventitia**.

9) So erklärt sich, daß der Kaiser am Schluß die Worte gebraucht: **qualicunque successionis genere**, und daß er im Anfange sagt: **ex materna hereditate vel ex diversis successionibus**. Das heißt nicht „aus **allen übrigen** Successionen" sondern „aus **anderen** Successionen." Welche dieses seien, erhellt eben aus dem Folgenden, welches gleich mit (**ita**) **ut** angeknüpft wird. Daß der Kaiser nicht bloß die **maternae hereditates**, sondern auch die des **maternum genus** unter sein Gesetz stellen will, erhellt schon aus der Art wie er ihnen das **paternum genus** gegenüberstellt, und es umfaßt dies offenbar in der Aeußerung, daß nun nach seinem Gesetz das **ex utraque familia** Fließende auch bei derselben verbleibt. Deßhalb glaube ich, daß in dem lückenhaften Theil der Stelle hinter

fil. fam. gefallenen Erbschaften) das bisherige Recht bestehen, und er sagt nur kurz, daß dies Vermögen auf den Vater transmittirt werden solle, ohne sich weiter auf das eigentliche Recht, welches dieser daran erhält, einzulassen. Nur setzt er noch im Zwischensatz hinzu, es solle für den Eintritt dieser Transmission die Form der **cretio ebenfalls** nicht mehr **nöthig** sein (**adaeque sine ejusdem cretionis necessitate**) d. h. ebenso wie sie vor dem siebten Jahr nicht mehr eintritt, weil sie hier nach seiner Verordnung **unmöglich** geworden ist, so soll sie auch nachher nicht mehr erforderlich sein, um die Rechtswirkungen, die früher lediglich eine Folge der **cretio** waren, hervorzurufen.

Was ist also hiernach für die **cretio** in unserm Gesetz Neues bestimmt? Sie war von Constantin schon positiv aufgehoben worden für die **materna bona**, damit der Vater nicht mehr das volle Eigenthum daran erhielte, jetzt wird sie für alle Erbschaften des **paternum** und **maternum genus** ebenfalls ganz absolut aufgehoben, sobald das Kind unter sieben Jahren steht und stirbt, weil der Vater überhaupt gar nichts davon durch den Sohn erhalten soll. Für die Zeit nach sieben Jahren wird sie bei allen jenen Erbschaften nicht direct verboten, sondern nur für unnöthig erklärt, indem ihre Wirkungen auch durch **pro herede gestio** eintreten sollen. Für diesen Fall tritt

---

ex materna hereditate vel genere das Wort: **materno** gestanden hat, während Gothofredus: **vel genere diverso successionis** vermuthet. Die **diversae successiones**, wie sie im Anfang erwähnt werden, konnten hier nicht noch einmal so unbestimmt wiederholt werden, sondern es mußte gerade im Verlauf der Stelle die genauere Erklärung folgen, was der Kaiser damit meint.

Schilling versteht, obgleich selbst dubitirend, unter den **diversae successiones** „andere Successionsarten in das mütterliche Vermögen" außer der **hereditas**, und da die **cretio** ja nur auf die **hereditas**, nicht etwa Legate geht, so vermuthet er im Sprachgebrauch der späteren Zeit eine uneigentliche Bedeutung des Worts **cretio**. Dafür aber giebt es gar keine Anhaltspunkte, und es widerspricht die folgende **l. 5 Th. C. eod.** von demselben Constantius, worin die **cretio** bei der **hereditas** ganz genau dem Erwerb des Vermächtnisses gegenüber gesetzt wird: **si prius quam legati vel fideicommissi cederet dies, aut jussu patris diceret cretionem etc.**

Digitized

jetzt also ein, was für den antretenden Vater schon zu Decius Zeit galt (§. 135 Note 14.), und was für die anderen beiden Fälle der **cretio** schon Gaius kennt. Ebendeßhalb aber kann derselbe Constantius im Jahr 349 (l. 5 Th. C. eod.) es als durchaus bestehendes Recht erwähnen, daß ein **filius** nach Auftrag des Vaters die Erbschaft seines **avus maternus** durch Cretion erworben hatte [10]), ebensogut wie Gaius die **cretio** sowohl für den **cum cretione institutus** als auch für alle übrigen **heredes** als geltendes Recht anführt, obgleich sie in beiden Fällen durch **pro herede gestio** ersetzt werden durfte. —

Außer dieser l. 4 C. Th. de bon. mat. ist uns nun noch ein anderes Bruchstück desselben Gesetzes, das vielleicht noch manches Andere enthalten hat, aufbewahrt worden in l. 8 C. qui admitti; welche also nach der oben angegebenen Zeitfolge eigentlich hinter l. 9 eod. stehen müßte, da sie so sehr wahrscheinlich anderthalb Monate später ist. Die Verbindung von Bestimmungen über die **cretio** und die Agnition der **b. p.** in einem und demselben Gesetz zeigt, wie man sich Beide durchaus nur als verschiedene Formen der Erbantretung dachte. Die Stelle knüpft sich auch noch ferner darin an jene l. 4 an, daß sie von den **parentum vel proximorum successiones** redet:

> **Quicunque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit** [11]) **sciat, sibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum**

---

10) „patre cernere jubente, filioque cernente“ und nachher: „si jussu patris diceret cretionem.“ Diese Stelle ist, wie man sehr deutlich sieht, mit Rücksicht auf einen besonderen, dem Kaiser vorgelegten, Fall erlassen worden.

11) Auch diese Worte zeigen wieder, wie man damals die b. p. anschaute; von Jemand, der Anspruch auf b. p. hat, wird gleich gesagt, **res jure competunt**, während den klassischen Juristen stets vorschwebt, daß dies ja nur der Fall sei, wenn die b. p. **cum re** ist; m. a. W. als Inbegriff der b. p. oder der **successio ex jure praetorio** gilt nur noch, was man früher **cum re b. p.** nannte, die **b. p. sine re** mit eigenthümlichen interimistischen Wirkungen giebt es nicht mehr.

Digitized by Google

possessionem minime petiisse noscatur, quoniam haec sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.

Diese Schlußworte können andeuten (obgleich nicht nothwendig), daß schon vorher von der **b. p.** die Rede war, und dies uns erhaltene Bruchstück nur noch eine genauere Ausführung von der bereits voranstehenden eigentlichen Aufhebung der bisherigen **consuetudo** ist. Jedenfalls schließt sich dem Inhalte nach die Stelle genau an die oben mitgetheilte **l. 9 C. qui admitti** an. In Vereinigung mit ihr ist die **b. p.** aller der Fesseln entkleidet, die in den damaligen Verhältnissen lästig und unnütz drückend erscheinen mußten. Daß die **b. p.** noch fernerhin vor einem beliebigen Richter agnoscirt werden mußte, behielt man bei, weil gewiß der Sitte nach, namentlich bei Eröffnung und Publication der Testamente, und ferner in Folge eines dem Berufenen gesetzten **spatium deliberandi** auch die civile Erbantretung wohl meist durch eine Erklärung vor dem Richter geschah. Nur in Beziehung auf den Zeitablauf war, nachdem durch **l. 9 C. cit.** jene anderen Verschiedenheiten gefallen waren, noch ein lästiger Unterschied zwischen **her. aditio** und Agnition der **b. p.** Während jene nur unter dem durch Gläubiger und Legatare zu veranlassenden **spatium deliberandi** stand, so lief die prätorische Frist abgesehen von den im **utile tempus** enthaltenen Milderungen von selbst ab. Unsere Stelle dagegen, die keiner weiteren Interpretation bedarf, sagt ungefähr geradezu, es solle mit dem Ablauf der Frist nicht mehr genau genommen werden, und es kommt eben darauf hinaus, daß ehe Gläubiger und Legatare den Berufenen aufforderten anzutreten, man die schon verstrichene Zeit leicht **propter quamcunque aliam rationem** entschuldigen konnte, also eigentlich die Frist der **b. p.** erst von dieser Aufforderung an ernstlich gerechnet wurde. Das ist mithin im Grunde ganz dasselbe, als das **spatium deliberandi.**

Wir können uns daher einen eigentlich wichtigen praktischen Unterschied zwischen der prätorischen und civilen Erbantretung auch der Form nach von jetzt an nicht mehr denken. Nur muß noch hervorgehoben werden, wie sorglos und vom Zufall geleitet die Kaisergesetzgebung sich auch hier wieder zeigt. In die-

Digitized by

sem Gesetz war von der **parentum vel proximorum successio** die Rede, und so wird denn für die b. p. derselben nebenbei bestimmt, was ebensogut auch allgemein hätte gesagt werden können. Aber unter den **proximi** ließen sich, auch wenn das Gesetz vielleicht nur jene **successiones ex paterno** und **materno genere** meinte, leicht alle Verwandten begreifen, bei der b. p. **unde vir et uxor** wird man es auch nicht gerade anders gehalten haben, und bei den Testamenten kam überhaupt, wie wir sogleich sehen werden, die Agnition der b. p. bald außer häufigen Gebrauch. — So ließ man's also gehen, die Sache selbst war doch einfach, und von wichtigen Gegensätzen der civilen und Prätorischen Antretungsform nicht mehr die Rede. Da dachte man denn auch nicht mehr daran, den Worten nach äußerlich zu vereinigen, was der Sache nach wesentlich zusammengeschmolzen war.

§. 137. — 4. Nach den Gesetzen des Constantius finden wir ein 70 Jahre lang nichts, was die Agnitionsform der b. p. betrifft. Im Jahr 407 aber erlassen die Kaiser Arkadius und Honorius wieder ein auf die b. p. und die **cretio** gleichmäßig bezügliches Gesetz.

l. 8. Th. C. de matern. bon. — Certis annorum intervallis in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda infantis filii aetatem nostra auctoritate praescribimus, ut sive maturius sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successionem amplectatur; hac vero aetate finita, filius edicti beneficium imploret, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem: dum tamen intra annum ad impetrandam bonorum possessionem praescriptum uterque de possessione amplectenda suum prodat arbitrium. §. 1. Cretionem autem scrupulosam solennitatem, sive materna filiofamilias, sive alia quaedam de-

feratur hereditas, hac lege emendari penitus amputarique decernimus.

Betrachten wir zuerst das Principium unserer Stelle. Es betrifft denselben Fall, von dem auch jenes oben erörterte Gesetz des Constantius spricht, eine dem **filiusfamilias** deferirte **materna hereditas.** Das Neue, was jetzt festgesetzt wird, ist nur, daß statt des vollendeten sechsten jetzt das vollendete siebte Jahr angenommen werden soll [1]), im Uebrigen erkennt der Kaiser ganz das bisherige Recht an, aber die Art wie er dies darstellt, ist uns ganz besonders interessant.

Die **cretio** war für die **materna hereditas** ja schon von Constantin aufgehoben worden, es blieben also für die Antretung derselben nur die **pro herede gestio** und die **agnitio bonorum possessionis** übrig. Demgemäß wird denn auch in unserem Principium von der **cretio** gar nicht geredet, die anderen beiden Antretungsarten dagegen sind, wie mich däucht, darin gar nicht zu verkennen. Im Anfang könnte man meinen, das: **successione amplectenda** sei nur eine Tautologie und weitere Umschreibung für das vorhergehende **b. possessione poscenda**, aber dieser Gegensatz der Agnition der **b. p.** und des **successionem amplecti** oder **suscipere** kommt dreimal in der Stelle so ganz gleichmäßig vor, daß er offenbar im Gegensatz zur **b. p.** die civilrechtliche Antretung durch Handlungen oder **nuda voluntas**, also die **pro herede gestio**, bezeichnen soll [2]). Zweierlei ist aber bei dieser Darstellung der Kaiser höchst merkwürdig, und bestätigt auffallend das, was wir am Ende des vorigen §. bemerkten.

Das Eine ist die Art, wie das zweitemal die **pro herede**

1) Hugo R. G. S. 992. Z. 17. v. Löhr a. a. O. S. 86. Schilling Bem. üb. R. R. G. S. 396 Note 1101. Ob diese Veränderung des Jahres auch für die hereditates aus dem **maternum** und **paternum genus**, wobei Constantius ebenfalls das sechste Jahr annahm, gelten solle, ist nicht gesagt, und wiederum ein Zeichen der Schwäche in der damaligen Gesetzesredaction. Aber gewiß wird man diese Fälle auch analog nach dem neuen Gesetz behandelt haben. So nehmen auch die angeführten Schriftsteller das Gesetz als eine allgemeine Veränderung des Endpunktes der **infantia**.

2) So faßt es auch schon v. Löhr a. a. O., nur daß er die civilrechtliche Antretung hier zu unbestimmt **hereditatis aditio** nennt.

Digitized by Google

gestio der b. p. gegenübergesetzt wird: **qualibet actis testatione successionem amplectatur.** Dies ist wörtlich übereinstimmend mit der Art, wie seit l. 9 C. **qui admitti** die Agnition der b. p. vorzunehmen war, denn hier wird ebenso eine **testatio** durch die Acten, also vor Gericht vorausgesetzt, wie sie bei der **bon. poss.** nöthig ist. — Sodann aber ergiebt der Schlußsatz des **Pr.**, wenn man ihn ganz ungezwungen versteht, daß die Kaiser die jährige Frist der b. p. gleichmäßig für beide Antretungsformen, die noch eben vorher erwähnt sind, gelten lassen wollen [3]).

Ich bemerkte in dem vorigen Paragraph, daß seit Constantius die Agnition und die **pro her. gest.** sich nur noch gerade in diesen zwei Punkten, dem Erscheinen vor Gericht und der Einschließung in eine bestimmte Frist unterscheiden. Hier sehen wir nun in einem speciellen Falle den Kaiser, in Beziehung auf den ersten Punkt ganz entschieden, und in Bezug auf den zweiten wohl sehr wahrscheinlich, beide Antretungsformen völlig zusammenwerfen. Und dies tritt nicht etwa als eine unerhörte neue Rechtsänderung auf, es geschieht nur eben ganz beiläufig, denn die anderen beiden Male wird die Erklärung zu den Acten bei der civilen Antretung gar nicht weiter hervorgehoben. So etwas ist doch nur denkbar, wenn wir annehmen, daß sich in der Praxis civile und Prätorische Antretungsform im Grunde schon verwischt hatten, so daß es eben gar nichts Auffallendes war, wenn nun einmal der Kaiser in einem besonderen Falle Beide wirklich völlig zusammenwarf. —

---

3) Wer hiervon das Gegentheil behaupten will, ist freilich nicht direkt aus den Worten zu widerlegen, aber daß es die grammatisch ungezwungenste Erklärung sei, wird er nicht behaupten wollen. Das im Text Gesagte wird es, glaube ich, zeigen, daß gerade diese ausnahmsweise Beziehung der Prätorischen Deliberationsfrist auf die civile Erbantretung so recht eigentlich etwas in den damaligen Zeiten Naheliegendes war. Ob v. Löhr a. a. O. meiner Ansicht ist, weiß ich nicht, er sagt: „Beide (uterque d. h. Vater und Sohn) sind an den Termin von einem Jahr gebunden." Er scheint dies aber doch als allgemeine Bestimmung für beide Antretungsformen zu nehmen. — Etwas Aehnliches kommt ja schon in der klassischen Juristenzeit vor. s. §. 114. Note 12.

Digitized by Google

Gehen wir nun zu der Erklärung das §. 1 unserer Stelle über, welche durchaus nicht so zweifellos ist, als er von Manchen aufgefaßt wird [4]). Wir haben aus den früheren Erörterungen schon ersehen, daß es ein Unterschied ist, ob die **cretio** geradezu verboten wird, weil ihre Wirkungen nicht mehr eintreten sollen, oder ob sie bloß mit Beibehaltung ihrer bisherigen Wirkungen für unnöthig erklärt wird. Von Beidem haben wir schon Beispiele in der bisherigen Gesetzgebung kennen lernen. Unsere Stelle nun gehört ihrer Wortfassung nach offenbar unter die erste Klasse (**hac lege emendari penitus amputarique decernimus**). Das heißt nicht sowohl, wie von Löhr sagt: „der **filius** muß nie mehr cerniren", sondern: er soll es nicht mehr. Aber doch erhebt dieser Wortsinn die Schwierigkeit, daß wenn wirklich die **cretio** hierdurch für alle dem **fil. fam.** deferirten Erbschaften verboten worden wäre, dann natürlich auch die Wirkung dieser **cretio** hinwegfiel, d. h. alle diese Erbschaften bereits durch dieses Gesetz **peculium adventitium** des Haussohns geworden wären. Das hat aber bekanntlich erst Justinian in **l. 6 und 8 C. de bon. quae liberis** allgemein festgesetzt.

Mir scheint die Sache folgendermaßen erklärt werden zu müssen. Der Rechtszustand war nach den Gesetzen, die wir bereits kennen, der, daß die **cretio** verboten war bei der **materna hereditas**, so wie bei allen **hereditates paterni** und **materni generis** für ein Kind unter sieben Jahren, ferner daß sie unnöthig war, bei den **hereditates pat. und mat. gen.** für Kinder über sieben Jahren, endlich daß sie nothwendig war, für alle übrigen dem **fil. fam.**, gleichviel welches Alters, deferirten Erbschaften. Unser Gesetz hat nun jedenfalls wohl den Sinn, welchen v. Löhr ihm beilegt, daß nämlich dies Letztere aufgehoben wird, und die **cretio** bei allen diesen übrigen Erbschaften nicht mehr nothwendig sein soll, wobei aber

4) v. Löhr drückt den Inhalt desselben so aus: „der filiusfamilias muß nie mehr cerniren." Schilling sagt, die cretio sei hiedurch für jedwede einem fil. fam. deferirte Erbschaft aufgehoben worden. Hugo dagegen sagt: „die cretio ward bei dem mütterlichen Vermögen, und vielleicht auch sonst aufgehoben." Das ist nun freilich zu wenig gesagt.

Digitized by Google

ihre Wirkung, der Eigenthumserwerb des Vaters, durchaus bestehen blieb. Aber wenn die Kaiser nur dies sagen wollten, warum sagen sie nicht ähnlich wie Constantius: **adaeque sine cretionis necessitate**? Warum sprechen sie ein so entschiedenes Verbot der **cretio** aus? Dies kommt daher, weil dieselben Kaiser in l. 7 Th. C. de matern. bon. schon früher bestimmt hatten, daß die testamentarischen und Intestat-Erbschaften der väterlichen und mütterlichen Großeltern nicht mehr ins Eigenthum des Vaters, sondern des (über 7 Jahr alten) Sohnes fallen sollen. Schon durch dies Gesetz war also implicite für diese Fälle die **cretio** verboten worden, ausdrücklich sie auch aufzuheben, war wohl deßhalb vergessen worden, weil das Gesetz auch noch von anderen Erwerbarten als durch **hereditas** redet.

Die Kaiser holen nun dies ausdrückliche Verbot jetzt nach, und es ist möglich, daß sie bei den Worten (**sive materna**) **sive alia quaedam deferatur hereditas** nur an jene in l. 7 erwähnten Erbschaften denken, ebenso wie auch Constantius in ganz ähnlicher Redeweise nur an das **paternum** und **maternum genus** denkt. Ebenso möglich freilich, ja selbst wahrscheinlicher ist, daß sie wirklich alle dem **filiusfam.** deferirten Erbschaften umfassen wollten, aber dann haben doch ihre Worte, die nur durch die Beziehung auf die l. 7 die prohibitive Fassung erhielten, für alle übrigen Fälle lediglich den Sinn, daß hier die **cretio** nicht verboten, sondern unnöthig ist, denn ihre Wirkungen sind noch ferner bestehen geblieben.

Das Resultat ist hiernach: das Gebiet der **bona adventitia** (soweit sie durch Erbschaft entstehen) reicht stets so weit, als die **cretio** entschieden verboten ist [5]. Ueber die Erbschaften der nächsten Angehörigen hinaus, wie es die l. 7 cit. feststellt [6], hat man vor Justinian dies Gebiet nicht ausgedehnt; und mag deßhalb auch durch unsere l. 8 Th. C. über dasselbe

5) S. Huschke Studien I. S. 257.

6) Eine besondere hieran sich anknüpfende Erweiterung bestimmte noch Theodos u. Val. in l. 1 Th. C. de bonis quae fil. fam. (l. 1. C. de bon. quae lib.)

Digitized by Google

hinaus die Anwendung der Cretionsform aufgehoben, d. h. für unnöthig erklärt sein, in ihren Wirkungen bestand die **cretio** noch fort, und konnte auch noch formell wirklich vorkommen, ebensogut wie wir sie oben (§. 136. Note 10) in einem Gesetz als bestehend für einen Fall erwähnt fanden, nachdem sie ein früheres Gesetz bereits gerade für denselben Fall aufgehoben, aber freilich nicht verboten hatte. Erst Justinian entzieht ihr durch **l. 6 C. de bon. quae liberis** allen Boden, und so spricht er denn in **l. 8 C. eod.** ganz consequent nur immer von der (formlosen) **hereditatis aditio.**

Seit unserem Gesetz des Arkad. und Honor. steht also die **cretio** bei den Erbschaften der Haussöhne, so weit sie für dieselben nicht ganz verboten ist, wieder auf gleicher Stufe mit jenen anderen beiden Fällen, in denen die **cretio** bei Gaius vorkommt; d. h. sie ist eine formelle Rechtshandlung, die die Berufenen vornehmen können, wenn sie wollen, die sie aber durch **pro herede gestio** ersetzen dürfen. Ob sie nun wirklich auch jetzt noch im Leben vorgekommen ist, können wir füglich dahin gestellt sein lassen; es scheint aber in der That dies Institut in der Sitte der Römer sehr festgewurzelt gewesen zu sein, so daß man allenfalls vermuthen darf, man habe noch immer gern, wo man nicht vor dem Richter die Antretung erklärte, sie etwa vor Zeugen in der alten Wortform vorgenommen. Wir werden ihr nämlich in einem alsbald mitzutheilenden Gesetz nochmals begegnen, (s. Nro. 7. §. 138) worin der Kaiser eigens wieder hervorhebt, es sei nicht nöthig, daß man sich diese Weitläuftigkeiten mache. Jedenfalls hat aber Justinian, indem er aus jener **l. 8 Th. C. de mat. bon.** die **l. 17 C. de jure del.** machte, der **cretio** in allen ihren Anwendungsfällen ein Ende gemacht.

§. 138. — 5.) Wir haben bisher nach Anleitung der chronologisch aneinandergereihten Kaiserconstitutionen hauptsächlich das Verhältniß der **b. p.** zur **cretio** ins Auge gefaßt; jetzt werden wir durch die folgenden Gesetze auf ein anderes Institut geführt, dessen Zusammenhang mit der Agnition der **b. p.** hier ebenfalls festzustellen ist. Es ist die **missio ex edicto divi Hadriani.**

Digitized by

In der zuerſt mitzutheilenden Stelle iſt freilich von dieſer Letzteren ausdrücklich gar nicht die Rede, daß aber ſie doch im Hintergrunde liegt, iſt wohl ſehr einleuchtend. Die Kaiſer Honorius und Theodoſius errichten im Jahr 413 das **testamentum principi oblatum**, und beſtimmen dabei auch Folgendes:

> **l. 19 C. de testam. — — Ne quid sane praetermisisse credamur hujusmodi institutionis successoribus designatis, omnia, quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super bonorum possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.**

Es ſoll alſo bei dem neu errichteten Teſtamente die **b. possessionis agnitio** ganz aufgehoben ſein, und bloß die **pro herede gestio** genügen. Es wird ausdrücklich dabei erklärt, daß dadurch ſchon alle Rechte gewährt werden, welche aus der **b. p.** abgeleitet werden könnten.

Soweit verſteht ſich dies nun freilich von ſelbſt, daß durch die **pro herede gestio** daſſelbe definitive Erbrecht erworben wird, wie durch die Agnition; aber die letztere gewährt auch noch außerdem das poſſeſſoriſche **Int. quor. bon.** Der Kaiſer ſagt nun aber gar nicht, daß die Agnition bei dieſem Teſtamente als geſchehen fingirt, und alſo die Vortheile der **b. p.** durch dieſe ſeine Verfügung auf die **pro herede gestio** übertragen werden ſollten; ſondern er ſagt lediglich, alles Recht, was man aus der **b. p.** ableiten könne, werde auch ſchon durch die civilrechtliche Antretung erfüllt. Er kann alſo nicht an das **Interd. quor. bon.** denken, welches ohne Agnition dem **heres** gegeben werde, er muß ein eigenes Rechtsmittel zur Beſitzeserlangung im Sinn haben, welches der benutzen könne, der ſich mit der civilrechtlichen Antretung begnügt, und das kann kein anderes ſein als die **missio ex edicto divi Hadriani.**

Ich geſtehe gern zu, daß, wenn man lediglich dieſe Stelle ins Auge faßt, es noch immer zweifelhaft bleiben könnte, ob den Kaiſern wirklich dieſer Gedanke, wie ich es hier aufſtelle, vorgeſchwebt hat. Aber wenn man nun zugleich die folgenden

Digitized by Google

noch mitzutheilenden Stellen ins Auge faßt, wo ganz klar die **missio** der teſtamentariſchen **b. p.** als das gegenübertritt, was durchaus dieſelben Rechte gewährt, und zugleich in der damaligen Zeit für bequemer gehalten wurde, ſo ſcheint mir auch der Sinn jener **l. 19** keinen Zweifel zuzulaſſen. Sie iſt der erſte Anfang, daß die **missio** der **b. p. sec. tab.** vernichtend entgegentritt, und wir werden es nicht lange mehr dauern ſehen, daß ſie geſetzlich vollkommen an ihre Stelle geſetzt wird. In der Sitte des Lebens muß überhaupt ſchon ſeit längerer Zeit die **missio** in vorherrſchendem Gebrauch geweſen ſein, wie wir aus dem zunächſt folgenden Geſetze erſehen.

6) In **l. 7 Th. C. de testam.** vom Jahr 424 beſtimmt Theodos II., daß Jemand, der aus einem (ſchriftlichen oder mündlichen) Teſtamente als Erbe klagen will, nicht zugleich auch ſeinen Anſpruch darauf ſoll ſtützen können, daß es ein Fideicommiß ſei; und daher ſoll er, falls der Erblaſſer die Codicillarklauſel hinzugefügt hatte, gleich im Anfange ſobald er zuerſt mit dem Richter in Berührung kommt erklären, welchen von beiden Wegen er verfolgen will. Dies drückt der Kaiſer ſo aus:

> — — **qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse; ita ut sive 1) bonorum possessionem secundum tabulas, vel 2) secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe 3) ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa hujus juris auspicia propositum suae intentionis explanet.**

Der Kaiſer ſpricht vom ſchriftlichen und mündlichen Teſtament, und ſtellt im weiteren Verlauf auch ausdrücklich die drei Formen, welche wir oben haben kennen lernen, das civile (ſchriftliche), das Prätoriſche und das nuncupative neben einander [1]), und demgemäß erwähnt er denn auch alle drei Antretungsfor-

---

1) §. 2. In omni autem genere testamenti, sive id jure praetorio sive civili consistat, seu codicilli conscribantur, sive non scripta voluntas ultima praetendatur.

Digitized by Google

men aus diesen Testamenten: Die **b. p. secundum tabulas** aus dem schriftlichen Prätorischen (denn aus dem civilen vor fünf Zeugen fand sie ja, wie wir oben nachgewiesen haben, nicht Statt), die **b. p. secundum nuncupationem** aus dem civilen mündlichen, und die **missio** aus dem civilen schriftlichen Testamente. Dunkel ist nur, was er mit den Worten **ceterasque similes** sagen will. An **b. possessiones** der Intestatsuccession zu denken ist nicht möglich, da in der ganzen Stelle nur von einem **ex testamento agere cupiens** die Rede ist. Am Besten scheint es mir sich durch das gerichtliche Testament zu erklären, welches **municipalibus gestis** oder vor dem Richter errichtet wurde, und seinem eigentlichen Wesen nach als ein nuncupatives Testament erschien, nur daß die 7 Zeugen hier durch die **municipes** oder den Richter ersetzt wurden [2]), und demgemäß ließ man auch eine der **b. p. secundum nuncupationem similis b. p.** daraus zu [3]).

Aus dieser Stelle sieht man nun aber einestheils, daß damals bei den Testamenten die gerichtliche Erbschaftsantretung durchaus die Regel gewesen sein muß. Der Kaiser will, daß wer einmal **defuncti agnovit voluntatem**, ebenso wie beim Notherbenrecht (was auch besonders hervorgehoben wird) nachher nicht wieder davon zurücktreten, und die Disposition, die er zuerst als Erbeseinsetzung behandelte, später als Fideicommiß auffassen darf. Die Anerkennung der Erbeseinsetzung liegt aber in der Antretung der Erbschaft, und indem der Kaiser hier die private Antretung gar nicht erwähnt, sieht man, daß es damals durchaus regelmäßige Sitte war, durch Agnition der **b. p.** oder Erbittung der **missio** die Antretung vorzunehmen.

---

2) Savigny Gesch. des R. R. im M. I. S. 108 der 2ten Ausg.

3) So wird auch in **Nov. Valent. III. tit. 20. 1. §. 2** das gerichtliche Testament erst hinter dem nuncupativen erwähnt, wobei der Gedanke nahe liegt, daß es sich an dieses anlehnt: **nam cum liceat cunctis jure civili atque praetorio, liceat per nuncupationem, liceat municipalibus gestis judicia suprema componere.** S. ferner **l. 19 C. de testam.** — **qui actis cujuscunque judicis aut municipum aut auribus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium.** Das Ganze wird offenbar als eine einzige Testamentsform, die nuncupative, hier dargestellt.

Digitized by Google

Die Stelle zeigt aber auch ferner, daß es freilich noch immer vorkam, aus dem Testamente b. p. secundum tabulas zu erbitten, um dadurch das Interdictum quorum bonorum zu erlangen, daß es indeß durchaus vorherrschende Sitte war [4]), statt dessen um die missio ex edicto divi Hadriani nachzusuchen. Während nämlich die b. p. sec. tab. nicht aus dem civilen sondern nur dem Prätorischen Testament erbeten werden konnte, war umgekehrt die missio ein allgemeines Rechtsmittel, für Beide passend, und ich brauche wohl nicht weiter auseinander zu setzen, daß man zu einer Zeit, wo man mit bloß theoretischen Unterschieden sich nicht gern mehr befaßte, allgemein lieber zu der missio griff, die mit der Publication der Testamente, und der Auszahlung der so wichtigen Erbschaftssteuer in unmittelbarem Zusammenhang stand. So mag wohl die Sitte, welche uns diese Stelle bezeugt, wohl überhaupt schon lange bestanden haben, (s. §. 136. am Ende), und diese Sitte ist uns wiederum der Erklärungsgrund eines anderen späteren Gesetzes, das wir im Folgenden kennen zu lernen haben.

7) Vorher ist noch das letzte Gesetz mitzutheilen, in welchem die cretio und b. p. zusammen vorkommen, was hier auch schon aus der Titelüberschrift erhellt. Es ist die l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione von Theodos II. u. Val. III. aus dem Jahr 426:

> Patrem aliqua ex parte minorem esse matribus, non sinemus. Nam cum etiam infantis filii morientis mater bonorum solatia consequatur, cur de aetate ejus pater graves patiatur tendiculas, non videmus; et cum legitima successio non modo in matre, verum etiam in successoribus longius constitutis non bonorum possessionis petitionem, non cretionis solennitatem cogitur custodire, quali-

4) Die Art, wie der Kaiser die missio der b. p. entgegensetzt: aut certe .... ex more petierit, zeigt es sehr deutlich, daß es eben eine allgemeine Sitte war, nicht bloß beim civilen Testament, sondern auch da wo man b. p. sec. tabulas agnosciren konnte, statt dessen die missio zu erbitten. Ob dies auch für das nuncupative Testament anzunehmen sei, davon nachher.

Digitized by

cunque contenta aditae vel adeundae hereditatis indicio, quanto magis pater talibus est vinculis exuendus? Atque ideo hac oratione sancimus, ut pater etiam infantis filii successionem, sive ille matre ejus moriente adeundae hereditatis vel petendae bonorum possessionis fuerit exsequutus officium, sive iste neglexerit, morienti filio infanti in qualibet aetate sine ambiguitate succedat.

Wenn ein **infans** seine Mutter beerbt, und nun selbst wieder als **infans** stirbt, so soll das Vermögen jedenfalls an den Vater fallen [5]). Uns interessirt hier bloß, wie bei dieser Gelegenheit die Antretungsformen aufgefaßt werden. Zuerst fällt es auf, daß hier neben der Erbantretung für das Kind auch der Uebergang des Vermögens vom Kinde auf den Vater als eine Beerbung, nicht bloß als eine Einverleibung des Vermögens **jure patrio** aufgefaßt wird. Für den ersten Erbfall beim Tode der Mutter ist nun die Darstellung der Kaiser ganz dem bisher schon bestehenden Rechte gemäß. Die **cretio** war hier ja schon lange aufgehoben, und so ist denn auch nur davon die Rede, daß der Vater durch formlose **aditio** oder Agnition der **b. p.** die Erbschaft für den **infans** erwerben konnte.

Wenn nun aber das Kind wieder stirbt, so tritt der zweite Erbfall ein, und hier soll nach der Bestimmung der Kaiser **qualecunque aditae vel adeundae hereditatis indicium** genügen. Der Kaiser findet es noch besonders gerathen, zu erklären, daß hier weder **cretio** noch **b. p.** nöthig sein soll, und er rechtfertigt dies noch besonders dadurch, daß ja auch die Mutter ihr Kind ohne diese Formalitäten beerbe, wodurch auf jenes Constantinische Gesetz (**l. 1 Th. C. de legit. her.**) verwiesen wird, das wir unter Nro. 1. haben kennen lernen. Alles dies aber zeigt doch, daß die Kaiser den Erwerb dieses Kindesvermögens nicht als ein ganz eigenthümliches Einverleiben **jure patrio**, sondern ebenso wie wenn die Mutter ihr

---

5) Damit wurde also die diesen Punkt betreffende Bestimmung der l. 4 Th. C. de matern. bon. aufgehoben, s. §. 136 Nro. 3.

Digitized by Google

Kind beerbt als ein ganz gewöhnliches Erbewerden auffaſſen [6]). Es beſteht nur die ſehr natürliche Eigenthümlichkeit, daß, da der Vater ja doch der iſt, welcher in beiden Erbfällen die Antretung vornimmt, von ihm auch überhaupt nur eine ſolche Antretungshandlung verlangt wird. Denn wenn er gleich nach dem Tode der Mutter für das Kind die Antretungshandlung vornahm, ſo wird er doch, da er nicht den Schaden des Kindes wollen kann, genügend unterſucht haben, daß die Erbſchaft annehmbar ſei, und ſo bedarf es auch jetzt, nachdem das Vermögen ſtets unter ſeinen Händen geblieben iſt, und es nun ihm ſelbſt deferirt wird, nicht ſeiner nochmaligen Erklärung. Sein Erbrecht iſt allerdings durch ſein **jus patrium** begründet, aber es iſt darum nicht minder ein wahres Erbrecht, wie unſere Stelle ſehr deutlich zeigt, und das wird dadurch nicht verändert, daß nach des Kaiſers Beſtimmung ſeine Antretung ſchon in jener früheren Antretung für das Kind gefunden werden ſoll [7]). Und ebenſo wird auch umgekehrt ein doppelter Erbfall angenommen, wenn der Vater damals die Antretung unterließ, indem die jetzt vorgenommene zugleich die retrotractive Wirkung haben ſoll, als wenn gleich damals das Kind Erbe geworden wäre [8]).

Ueberhaupt alſo ſoll, was nach der Eigenthümlichkeit des Falles ſehr erklärlich iſt, für den doppelten Erbfall eine einzige Antretung genügen, und dieſe Antretungshandlung ſoll, mag ſie damals beim Tode der Mutter oder jetzt beim Tode des

---

6) Wenn es kein Erbewerden wäre, wie ſollte der Kaiſer zu dieſer weitläuftigen Expoſition kommen, daß es keiner b. p. oder cretio, ſondern lediglich der formloſen civilen Antretung bedürfe?

7) Aehnliches findet ja auch bei den Pupillarſubſtitutionen ſtatt, wenn der Subſtitut zugleich institutus iſt.

8) l. 18 §. 1 C. de jure del. — Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitem omnia ex quacunque successione ad eundem infantem devoluta, jure patrio quasi jam infanti quaesita capere. Dieſe Stelle hat nebſt vielen anderen uns erhaltenen Bruchſtücken urſprünglich mit der l. un. Th. C. de cretione zuſammengehört. Die Worte jure patrio — capere haben die Anſicht veranlaßt, als wenn hier etwas Eigenthümliches und nicht eine gewöhnliche Beerbung vorläge.

Kindes vorgenommen sein [9]), weder den Formen der **cretio** noch der **b. p.** unterworfen sein.

§. 139. — 8) Wir gelangen jetzt auf die letzten Kaisergesetze, welche etwas die Agnitionsformen der **b. p.** Betreffendes enthalten. Es sind die beiden Novellen **Valentinians III.** (im Titel **20. de testamentis**) vom Jahr **446**, wodurch wir wieder auf das Verhältniß der **b. p.** zu der **missio ex edicto Hadriani** zurückgeführt werden.

Die erstere handelt in sehr verwirrter Fassung von dem **testamentum principi oblatum.** Der Sinn ist in den Hauptpunkten folgender. Schon sein **divus avunculus** habe bestimmt, daß zu einem Testamente gar keine Formen nöthig seien, wenn man seinen letzten Willen dem Kaiser mittheile (**l. 19 C. de testam.**). Ein gewisser Leonius aber, der mit seiner Frau ein gegenseitiges Testament gemacht, habe, obgleich **munitus veteribus constitutis**, doch sich die kaiserliche Erklärung erbeten, und deßhalb wird hiemit das frühere Gesetz [1]) erneuert, und

9) Darauf geht der Gegensatz von: **aditae vel adeundae hereditatis indicium.** — Es werden also hiemit die eigenthümlichen Bestimmungen der l. 8. Th. C. de matern. bonis (s. Nr. 4. §. 137) wieder aufgehoben.

1) v. Löhr Constitutionen der R. Kaiser v. Theodos II. bis Just. S. 34. faßt dies so, daß das test. princ. obl. mit dem Zusatz bestätigt werde, es solle ganz die Eigenschaften eines gewöhnlichen Testaments haben. Aber die Bestätigung des frühern Gesetzes geschieht ganz unbedingt, und der Inhalt jenes Gesetzes wird ja gerade so referirt, daß danach außer der Oblation an den Princeps keine weiteren Formalitäten nöthig seien. Man sieht dies auch ganz klar aus dem §. 2, worin es heißt, wenn das civile, prätorische, nuncupative und richterliche Testament gültig seien, so sei dann auch noch vielmehr das dem Kaiser offerirte dafür zu halten, — **procul dubio manebit firmior haec voluntas, quae testimonio principis et subscriptione conditoris firmatur.** Das sind also die beiden einzigen Erfordernisse, die der Kaiser aufstellt. — Es wäre auch für die damalige Gesetzgebung sehr unnatürlich, wenn der Kaiser sich selbst das Recht abgesprochen hätte, Testamente lediglich durch ihre Annahme gültig machen zu können, und die übrigen Formen zu verlangen, durch die ja dann die Oblation wieder ganz unnütz wurde. Der §. 4, welcher v. Löhrs Ansicht hervorgerufen haben wird, soll mit einer Paraphrase versehen werden.

Digitized by Google

auch namentlich erklärt, daß aus der Reciprocität des Teſtamentes kein Ungültigkeitsgrund abgeleitet werden könne [2]). Der Umſtand, daß jener Leonius, über die Gültigkeit des **testamentum principi oblatum** in Ungewißheit, noch ein beſonderes Teſtament mit 7 Siegeln errichtet hatte, veranlaßt den Kaiſer zu folgendem Satze, in dem er ausdrücken will, daß das **test. pr. obl.** allerdings auch ohne weitere Formalitäten gültig ſei. Ich will ihm eine Paraphraſe beifügen.

> §. 4. **Idcirco, quia minutiis priscae consuetudinis et obscuritate submota solam defunctorum convenit inspici voluntatem, [cui multum roboris erit, si vel septem vel quinque testibus muniatur, — et virum spectabilem Leonium, praeter fiduciam precum pridem cum uxore communium, voluntas quoque alia et subscriptionibus testium munita defendit, apud eundem solida successione Jucundae conjugis suae jugiter permanente], quisquis voluerit delata nobis supplicatione testari, habeat liberam facultatem.**

d. h. ein Teſtament vor 5 oder 7 Zeugen iſt allerdings ein vollkommen gültiges [3]), und deßhalb erhält der Leonius, weil er außer den dem Kaiſer vorgetragenen preces ein anderes Teſtament vor 7 Zeugen gemacht hat, aus doppeltem Grunde die Erbſchaft der **Jucunda**. Aber weil es gut iſt, daß ohne Berückſichtigung der bisherigen Formalitäten lediglich der Wille des Verſtorbenen in Betracht komme, ſo ſoll es Jedermann erlaubt ſein, durch eine uns eingereichte Bittſchrift zu teſtiren [4]).

---

2) §. 3. **Cui nos aeternam tribui firmitatem legis hujus definitione censemus, quoniam nec captatorium dici potest, cum duorum fuerit similis affectus, et simplex religio testamenta condentium.** Dies iſt wohl der Hauptgrund der Erlaſſung des Geſetzes, weßhalb denn auch gleich im §. 1. die Anerkennung der reciproken Teſtamente ſchon einmal vorkommt.

3) **Cui multum roboris erit**; der Kaiſer gebraucht dieſe Ausdrücke, weil er vorher geſagt hat (ſ. Note 1), daß ein **testamentum princ. obl.** noch viel mehr Kraft habe.

4) Der Kaiſer ſagt alſo nicht, daß von jetzt alle Teſtamentsformalitäten wegfallen, und nur der Wille des Verſt. in Betracht kommen ſoll, ſondern, indem er die übrigen Teſtamentsformen beſtehen läßt, will er nur eine Art der Teſtamente daneben ſtellen, bei der alle For-

Digitized by Google

An diesen §. 4. knüpft sich nun folgender für uns höchst wichtige Satz:

> §. 5. **Cujus heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequetur, nec bonorum possessionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus.**

Die heutigen Schriftsteller [5]), welche sich über diese Stelle überhaupt erklären, verstehen sie so, daß damit die Agnition der **b. p.** überhaupt aufgehoben worden sei. Aber ich kann dies unmöglich für richtig halten.

Lassen wir einstweilen die Endworte noch außer Acht, so bestätigt unsere Stelle jedenfalls unsere obige Erklärung der **l. 19 C. de testam.** Beide Stellen stimmen überhaupt fast wörtlich überein, und indem dort Honorius erklärt, die Agnition der **b. p.** solle beim **testamentum principi oblatum** nicht mehr nöthig sein, so ist dies eben die Veranlassung, daß dasselbe nun auch von Valentinian wiederholt wird. Durch die Art aber, wie jener Satz des Honorius hier wiedergegeben wird, bestätigt sich völlig das oben darüber Gesagte. Der Gedanke Valentinians ist offenbar folgender: Die **b. p. agnitio** hat den Vortheil, daß man dadurch ein besonderes Rechtsmittel auf Besitzeserlangung der **corpora hereditaria**, d. i. das **Interd. quor. bon.** erhält, da aber ganz dasselbe auch durch die **missio** des Hadrian gewährt wird, so soll überhaupt die **b. p.** für das **test. principi oblatum** ganz aufgehoben sein [6]).

---

malitäten fehlen und nur die **voluntas inspicitur.** — Ganz dasselbe sagt schon das **principium**; und ganz ähnlich sind ja auch die Ausdrücke der dem Kaiser vorschwebenden **l. 19 C. de testament.**

5) v. Löhr a. a. O. S. 38 sagt: „Zum Erwerbe der Erbschaft nach Prätorischem Rechte (d. i. um die Vortheile der b. p. zu genießen) bedarf es keiner besonderen **agnitio b. p.** mehr." Hugo RG. S. 995. Z. 5: „die Nothwendigkeit der b. p. ward im Westen allgemein erlassen." Dieselbe Ansicht spricht Schrader in der Institutionenausgabe 477 aus.

6) Wir können hier nicht so, wie oben bei der **cretio**, unterscheiden, ob die **b. p. agnitio** wirklich **verboten** oder bloß für **unnütz** erklärt wird. Da es sich hier nur um einen bestimmten zu erlangen-

Digitized by Google

An diesen Satz, dessen Inhalt unzweifelhaft ist, knüpft nun der Kaiser die Worte: **quam generaliter omnibus relaxamus**, worin die allgemeine Aufhebung der **b. p. agnitio** liegen soll. Mir scheint dies schon zuförderst nach rein grammatischen Gründen höchst unwahrscheinlich. Der Hauptsatz beginnt mit **Cujus heres** d. i. der eingesetzte Erbe, und es ist doch das Natürlichste, daß wir das **omnibus** des Nebensatzes auf das Subject des Hauptsatzes zurückbeziehen, daß wir also alle auch in anderen Testamenten eingesetzten Erben darunter verstehen. Hierzu kommt der große logische Fehler, dessen sich der Verfasser des Gesetzes schuldig gemacht haben würde, wenn er mehr als alle testamentarischen Erben unter den **omnibus** verstanden hätte, ein Fehler, der doch auch einem damaligen Gesetzesverfasser auffallen mußte.

Der Kaiser sagt nämlich, die **b. p.** sei beim **testamentum principi oblatum** nicht nöthig, da der Erbe ja schon durch die **missio** ihre Vortheile erlange, und nun fügt er hinzu, die Agnition solle überhaupt Allen erlassen sein. Natürlich können doch aber unter diesen „Allen“ nur die verstanden werden, welche ein Recht auf die **missio** haben, und das sind ja nur die testamentarischen Erben. Wenn auch für die übrigen Erben die **b. p.** aufgehoben würde, so wäre ja das kein Erlassen, kein **relaxare**, da sie kein solches an die Stelle tretendes Rechtsmittel haben, es würde eine Verschlechterung ihrer Stellung sein, was den Worten unseres Gesetzes doch vollkommen widerspricht.

Hiergegen wird man vielleicht einwenden, daß damals schon überhaupt allen **heredes** auch ohne Agnition das **Interd. quorum bonorum** zugestanden habe, daß also deßhalb sehr gut Valentinian ihnen die Nothwendigkeit der Agnition erlassen konnte, indem ihnen das possessorische Rechtsmittel dadurch doch nicht entzogen wurde. Wir werden im folgenden Kapitel sehen, daß die Stelle, worauf man sich für diese Behauptung beruft, dieselbe durchaus nicht beweist. Hier aber leuchtet jedenfalls

---

den Vortheil handelt, so heißt es die b. p. aufheben, wenn man sie für unnöthig erklärt, und den daraus hervorgehenden Vortheil an einfachere Voraussetzungen knüpft. Die Erbittung der missio hat man aber doch offenbar damals als das Einfachere angesehen.

Digitized by Google

ein, daß die unsrige ihr geradezu widerspricht. Denn wenn schon durch ein früheres Gesetz das **Int. quor. bon.** allen **heredes** auch ohne Agnition verliehen worden war, so war sie ja damit schon aufgehoben, weil das Interdict den einzigen eigenthümlichen Vortheil der Agnition bildete. Wie sollte aber der Kaiser die Nothwendigkeit der Agnition hier nochmals aufheben können? Und wie sollte der die besondere Aufhebung derselben beim **test. pr. obl.** dadurch rechtfertigen können, daß dem **scriptus** ein anderes Rechtsmittel, die **missio**, zustände, während er vielmehr sagen müßte, daß bei dieser neuen Testamentsform die Agnition deßhalb unnöthig sei, weil auch schon allen übrigen Erben ohne dieselbe das **Int. quor. bon.** zustehe?

Schon hiernach scheint mir jene entgegengesetzte Interpretation unmöglich, und nun erwäge man noch, daß, so sehr sich auch civile und Prätorische Erbantretung praktisch gleichgestellt hatten, doch die völlige formelle Aufhebung der letzteren noch immer ein zu wichtiger Punkt gewesen wäre, *um in einem Gesetze, das nur von Testamenten handelt, so ganz im* Vorbeigehen und in so kurzen Worten abgethan zu werden. Man bedenke ferner, daß bei dem Zustande der damaligen Rechtsquellen man gerne gewisse Unterschiede noch festhielt, um die klassischen Juristen besser zu verstehen, daß also, vor einer (damals freilich schon sehr nothwendigen) Compilation der gesammten Rechtsquellen, eine vollkommene Verschmelzung der Prätorischen Antretungsregeln mit der **hered. aditio** durchaus nicht passend gewesen wäre. Und zuletzt erwäge man noch Folgendes, was mir entscheidend zu sein scheint.

Wenn jetzt schon die Nothwendigkeit der Agnition allgemein aufgehoben wäre [7]), und sich dies bis Justinian in fast hundertjährigem Zeitraume festgesetzt hätte, wie sollen wir uns erklären, daß Justinian nun entschieden in seiner Compilation

---

7) Hugo nimmt dies freilich nur für den Westen an; aber die Novelle wurde doch auch im Osten publicirt, und sie wäre gewiß allgemein sehr gern befolgt worden, da es sich hier um die Aufhebung einer Beschränkung handelt; wogegen jenes Theodosische Gesetz, das umgekehrt beschränkend in die bisherige Sitte zu testiren eingriff, großen Widerstand finden mußte, und auch wirklich, wie wir gesehen haben, nur in den Städten des Orients durchdrang.

Digitized by Google

jene Nothwendigkeit wieder anerkennt? In allen anderen Lehren befolgt er doch stets das Princip, daß, wo ein freieres Recht an die Stelle früherer Formalitäten getreten ist, er nie diese letzteren, was auch für seine Zeit ganz unnatürlich gewesen wäre, wiederherstellt. Solch ein Kaisergesetz, wodurch die Agnition schon vor 100 Jahren vertilgt worden wäre, wieder aufzuheben, wäre, ich glaube nicht zu viel zu sagen, für Justinian eine reine Undenkbarkeit. Jedenfalls aber (wir wollen einmal zugeben, daß Justinian darauf hätte kommen können), würden sich dann doch Spuren in seiner Compilation finden, daß er zu dem früheren beschränkteren Rechte zurückgekehrt sei, er würde nicht ermangeln, uns die Gründe, die ihn dazu veranlaßten, wissen zu lassen. Von dem Allen ist aber gar nicht die Rede. Im Gegentheil an den Stellen, wo Justinian selbst von der Agnition redet, bezieht er sich ausdrücklich auf die frühere Kaisergesetzgebung, als eine von ihm durchaus anerkannte [8]), ja er lobt ausdrücklich allgemein seine Vorgänger in diesem Punkte [9]), er kann doch also unmöglich gerade das Endresultat, welches seine Vorgänger erlangt hatten, mißbilligt haben.

Wir sehen, daß weder die Stelle selbst, noch auch Justinians Gesetzgebung irgend das rechtfertigen, was man dem Valentinian hat zuschreiben wollen. Aber es ist hier schon ein besonderer Punkt zu erwähnen, auf den Löhr für seine Interpretation besonderes Gewicht legt. In seiner Uebersicht der Const. I. Heft. S. 92. Note 2. bemerkt er [10]), es werde dadurch die **Interpretatio** der Westgothischen Compilation „vollkommen“ erklärt, welche, wie wir sehen werden, die Agnition der **b. p.** für gänzlich unpraktisch erklärt. Dagegen erhebt sich schon der Zweifel, daß gerade bei unserer Novelle, auf der die ganze Sache beruhen soll, die **Interpretatio** gar nicht davon spricht, daß sie an einer ganz anderen Stelle in einer Weise

8) s. oben §. 135. Note 4.

9) §. 10. I. de b. p. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt. Anzunehmen, Justinian habe hier das Recht der letzten hundert Jahre übersehen, und irrthümlich das frühere Recht für das bis auf seine Zeiten fortbestehende gehalten, wäre doch zu gewagt.

10) Aehnlich auch in seinem Magazin III. 346. Note.

Digitized by

ſich ausdrückt, welche zeigt, ſie habe ein einzelnes aufhebendes Geſetz gar nicht vor Augen gehabt. Deßhalb drückt auch wohl v. Löhr ſpäter (Heft II. S. 39.) ſich milder aus, es werde durch Valentinians Novelle die **Interpretatio**, oder „wenigſtens das Schwierigſte derſelben“ erklärt.

Ich werde alsbald auf die genauere Erörterung dieſes Punktes zurückkommen; jedenfalls giebt auch v. Löhr zu, daß die Valentinianſche Stelle zur Erklärung der **Interpretatio** keineswegs genügt; und wir werden überhaupt wohl dahin gelangen, dieſe Erklärung auch ganz ohne jene Stelle zu finden, während wir, wenn Valentinian die Agnition wirklich aufgehoben hätte, auf eine Vereinigung dieſer Beſtimmung mit der Juſtinianiſchen Compilation wohl Verzicht leiſten müßten. Es iſt doch ſchon von vorn herein natürlicher, daß in der Weſtgothiſchen Compilation etwas aufgehoben wurde, was bisher dem Buchſtaben nach noch beſtand, als daß Juſtinian wieder etwas ins Leben gerufen hätte, was auch ſchon dem Buchſtaben nach völlig verſchwunden war.

Ich glaube hiernach als ſicher annehmen zu dürfen, daß die Novelle Valentinians die Aufhebung der Agnition lediglich für das Gebiet der teſtamentariſchen Succeſſion angeordnet hat [11]). Daß aber in dieſem Gebiete von keiner **b. p.** mehr die Rede ſein ſollte, zeigt gleich die folgende Novelle, welche die Agnition gar nicht mehr erwähnt, ſondern lediglich von der **missio ex edicto Hadriani** redet [12]).

§. 1. in fin. Scripto enim taliter sufficiet heredi,

---

11) Jedenfalls nimmt es Wunder, daß heutzutage von dieſer Stelle ſo wenig die Rede iſt, während die l. 9 C. **qui admitti**, allenthalben und oft ganz allein angeführt wird, um die Umgeſtaltung der b. p. in der Kaiſerzeit darzuſtellen. Und doch iſt dies Geſetz, wenn auch recht bedeutend, doch im Laufe der ganzen Rechtsentwickelung nur von untergeordneter Wichtigkeit, da es in der ganzen Lehre nichts eigentlich umgeſtaltet hat, auch nicht einmal die Bedeutung der Agnition. Es hat nur den Leuten bequemer gemacht, was bis dahin mit ganz unnützen Unbequemlichkeiten behaftet war.

12) Deßhalb kann man nicht umgekehrt in den entgegengeſetzten Fehler fallen, jene Worte **quam generaliter omnibus relaxamus**, in zu enger Interpretation, lediglich auf alle in einem **test. principi oblatum** Eingeſetzten zu beziehen.

Digitized by Google

asserere etiam sine testibus fidem rerum, dummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur.

Nur eine Frage iſt hier noch aufzuwerfen; Valentinian hebt die **b. p.** ſoweit auf, als das Gebiet der **missio** des Hadrian reicht. Fand nun dieſe auch bei mündlichen Teſtamenten Statt? — Wenn wir dies bejahen können, ſo dürfen wir auch die **b. p. secundum nuncupationem** für aufgehoben halten.

Die Quellenausſprüche ſind aber freilich einer ſolchen Bejahung nicht ſehr günſtig. Es iſt immer nur vom **scriptus heres** die Rede, und bekanntlich ſpricht auch Juſtinian bei der Beſtätigung dieſer Miſſion von der Vorweiſung einer Teſtamentsurkunde. Dennoch ſcheint es mir wahrſcheinlich, daß man analog auch beim mündlichen Teſtament ſie zugelaſſen hat. Es iſt auch hier wieder ſehr natürlich, daß nur vom **scriptus** die Rede iſt (ſ. Bd. I. S. 190), und es beweiſt das nichts gegen die mündlichen Teſtamente. Ueberhaupt aber war die **missio** gar nicht ſo, wie ſie Juſtinian in der **l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll.** auffaßt, an die Vorweiſung einer Urkunde gebunden, ſondern ſie war die Folge der Teſtamentseröffnung und Publication, welche letztere wiederum wegen der Erbſchaftsſteuer unter beſtimmte Regeln geſtellt worden war [13]). Wie ſich aber die Steuer und auch die Publication auf mündliche Teſtamente bezog, wenn gleich die **lex** nur von den im Leben durchaus vorherrſchenden **tabulae** ſprach, ſo wird man denn auch unbedenklich aus einem nuncupativen Teſtamente die mis-

13) **Paul. rec. sent. III. 5. §. 16. In eo testamento, quod nec ut oportuit oblatum nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. IV. 6. §. 3. Testamentum lex (vicesimaria) statim post mortem testatoris aperiri voluit. et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies aperiendae sunt tabulae; ab absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint, nec enim oportet testamentum heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri.**

Digitized by

sio ertheilt haben. Bestätigt wird dies durch die oben (Nro. 6) mitgetheilte l. 7. Th. C. de testamentis, wo nach Erwähnung der b. p. sec. tabulas und sec. nuncupationem mit aut certe die missio daran geknüpft wird, als etwas ex more an die Stelle Beider Tretendes.

Danach gewinnt denn auch die Novelle Valentinians den natürlichsten Sinn. Unter den omnibus weniger als alle testamentarischen Erben zu verstehen, würde gezwungen sein; da aber die b. p. doch nur so weit aufgehoben wird, als die missio reicht, so müssen wir auch annehmen, daß die missio ein allen testamentarischen Erben zustehendes Rechtsmittel war.

§. 140. — 9) Die Umgestaltungen der Agnitionsregeln sind, so weit sie den Justinianischen Compilatoren vorlagen, und auf die Abfassung des Corpus Juris eingewirkt haben, hiemit dargestellt. Es ist nur noch, ehe wir dies Kapitel schließen, anhangsweise anzugeben, in welcher Gestalt sich unsere Lehre in der Westgothischen Compilation vorfindet. Abgesehen von dem Interesse, welches dies schon an und für sich gewährt, ist es um der Rückschlüsse willen von Bedeutung, welche man daraus für den Inhalt jener Novelle Valentinians gezogen hat.

Wie nun das Breviarium Alaricianum die b. p. auffaßt, ist einfach genug zu sagen. Die Agnition derselben wird vollkommen als aufgehoben betrachtet, und die Rechte, welche das Prätorische Erbrecht gewährt, also das definitive durch her. pet. zu verfolgende, sowie das possessorische Int. quor. bon. werden schon durch formlose hereditatis aditio erworben; und gleiches Schicksal mit der Prätorischen Antretungsform hat die solenne cretio.

Die Beweise für diese Sätze sind leicht erbracht. Zu der l. un. Th. C. de cretione vel bonorum possessione bemerkt die Interpretatio:

> Cretio et bonorum possessio antiquo jure a praetoribus petebatur (!), quod explanari opus non est, quia legibus utrumque sublatum est. Et ideo infans, licet loqui non possit, tamen he-

Digitized by Google

reditatem sibi debitam capit, cui morienti pater aut is, qui proximus fuerit, ex lege [1]) succedit.

Deßhalb ist im Anfange des dritten Buchs von Paul. receptae sententiae der eigene Titel de bon. poss., woraus wir noch fr. 16 de bon. poss. u. fr. 7. rat. rem hab. besitzen, ganz weggelassen, und deßhalb erwähnt auch die Interpretatio, wenn im Texte die Agnition der b. p. noch vorkommt, derselben nie mehr. So sagt Paul. rec. sent. III. 5. §. 1. Hereditas — adiri non potest, neque bon. poss. postulari (s. auch §. 10), wogegen die Interpr. statt dessen nur die Worte hat: hereditas illius ab herede adiri non potest. So lautet bei l. 7 pr. Th. C. de testam., wonach gleich bei der Erbantretung der Wille erklärt werden soll, ob man als Erbe oder Fideicommissar auftrete (s. oben Nro. 6), ohne alle Unterscheidung von Agnition der b. p. und Erbittung der missio, folgendermaßen: tunc in primordio adeundae hereditatis suam publicare non desinat voluntatem, utrum ex testamento, an per nuncupationem, an per fideicommissum hereditatem sibi eligat vindicandam [2]). Und zu l. 1 Th. C. de legit. her., worin die b. p. agnitio für einen bestimmten Fall aufgehoben wird, heißt es: Sed in hac successione sola constitutio praesens sufficit, ut inter matrem, patruos eorumque filios et nepotes bonorum possessio praesumatur.

Was hier für einen besonderen Fall gesagt wird, ist überhaupt die allgemeine Anschauung der Interpretatio, d. h. die Agnition der b. p. wird präsumirt, und es steht jedem Erben, auch ohne die Agnitionshandlung, das besondere beneficium der b. p. nämlich das Int. quor. bon. zu. Dies Interdict wird aber ganz als eine gerichtliche Immission des Erben behandelt, wie die Darstellung zum tit. Th. C. quor. bon. sehr deutlich zeigt:

Justum esse decernimus, ut, quodcunque auctor usque in diem vitae suae tenuerit, petentibus

---

1) d. h. mit gewöhnlicher hereditatis aditio.

2) s. auch die Interpr. zu l. 2 Th. C. de integri rest. — cum primum ad eum hereditas defuncti pervenerit.

Digitized by Google

heredibus debeat consignari, illi postea, cui competit, actione servata. Virum quoque intestatae uxoris suae facultatem, quae sine filiis recessit, consanguineis ejus, qui legitimi sunt, tradere mox sine ulla dilatione praecipimus, et maritum minime prohibemus, si quas sibi competere putaverit actiones.

Es ist hier offenbar der Gegensatz gemacht zwischen einem eigentlichen processualischen Verfahren und der einstweiligen raschen gerichtlichen Consignirung der **corpora hereditaria**, um welche der wahrscheinliche **heres** auch ohne bestimmte Gegner nachsuchen kann, welche aber auch wo ein bestimmter Gegner und Besitzer vorhanden ist, ohne weitere Widerrede desselben, also ohne einen eigentlichen Proceß durchgesetzt wird. Hiernach ist also ein Unterschied des **Int. quor. bon.** von der **missio ex edicto Hadriani** gar nicht mehr vorhanden. Auch diese letztere ist eine richterliche Einweisung, mögen andere Besitzer vorhanden sein, oder nicht. Und da die Westgothische Compilation sie bei Testamenten anerkennt [3]), so ist damit das **Int. quor. bon.** auf die Intestatsuccession beschränkt, und nicht ohne Grund hat man deßhalb in den epitomirten Titel **Th. C. quor. bon.** nur eine von Intestaterben handelnde Stelle aufgenommen. Uebrigens war ja auch schon wie wir gesehen haben in der vorhergehenden Kaiserzeit die Anwendbarkeit des Interdictes auf die Intestatsuccession beschränkt worden, und so mag auch vielleicht schon im ächten **Th. C.** der davon handelnde Titel keine anderen Stellen weiter enthalten haben. —

Es bleibt mir nur noch zu untersuchen übrig, wie die Westgothische Compilation zu der eben dargestellten Gestaltung der **b. p.** gekommen ist, also namentlich aus welchem Grunde die Nothwendigkeit der Agnition hier als ganz aufgehoben erscheint, denn sobald man diese fallen ließ, so folgte das Uebrige eben Angegebene von selbst. Es ist vorher schon angeführt,

---

3) Interpr. zu Paul. rec. sent. III. 5 §. 15. Si inter institutum et substitutum heredem intentio de hereditate nata fuerit, ille in possessionem rerum hereditariarum mittendus est, qui institutus magis probatur, quam is qui legitur substitutus.

Digitized by Google

daß v. Löhr sie aus der Novelle Valentinians erklärt. Aber dann würde doch in der **Interpretatio** gerade bei dieser davon die Rede sein, was aber gar nicht der Fall ist. Vielmehr handelt die **Int.** davon bei Gelegenheit eines Gesetzes, welches nur eine ganz partielle Aufhebung der **b. p.** enthält. Da nun die Worte jener Novelle selbst auch gar nicht zu diesem Resultate führen, so können wir sie allein zu der Erklärung der Westgothischen Compilation überall nicht benutzen, auch nicht einmal so, daß man sich aus einem Mißverständniß derselben die Darstellung der **Interpretatio** entstanden denken könnte, denn dann würde sie sich doch wenigstens gerade auf dies Gesetz beziehen.

Die im Anfange dieses §. schon mitgetheilten Worte der **Int.** über die Aufhebung der **b. p.** geben uns aber sehr einfach an die Hand, wie man sich die Sache zu denken habe. Die **b. p.** wird mit der **cretio** zusammengestellt, und von Beidem bemerkt, es sei **legibus sublatum.** Ebenso wie wie wir nun von der **cretio** gesehen haben, daß die Kaisergesetze nur eine partielle Aufhebung derselben enthalten, was die **Interpretatio** aber als eine vollständige auffaßt, so können wir dasselbe wohl unbedenklich auch von der **b. p.** gelten lassen. Die **b. p.** war durch eine Reihe von Gesetzen schon in vielen Punkten aufgehoben worden, und zu diesen Gesetzen gehört denn allerdings auch die Novelle Valentinians. Man fand es nur eben passend, im **Breviarium** weder die **cretio** noch die **b. p.** fortbestehen zu lassen, und so stellte man beide so dar, als wenn sie schon durch die früheren Kaisergesetze vollständig aufgehoben worden wären. Auf historische Genauigkeit kam es ja den Verfassern nicht an, wie sie gerade in der angeführten Stelle sehr schlagend beweisen, indem sie von der **cretio** sagen, sie sei **antiquo jure** von den Prätoren nachgesucht worden.

Der eigentliche Aufhebungsgrund ist also lediglich im **Breviarium** selbst zu finden. Es schien kein praktisches Bedürfniß mehr, eine besondere Agnitionsform noch ferner bestehen zu lassen, und die Verfasser sind darum wahrlich nicht zu tadeln. Auch in Justinians Compilation hätte dies füglich ebenso gestaltet werden können, es ist aber nun einmal nicht völlig

Digitized by Google

geschehen. Sobald wir annehmen, es sei die Agnition in den Justinian vorliegenden Gesetzen noch nicht allgemein aufgehoben worden, so erklärt sich dies leicht. Justinian ist eben nicht darauf gekommen, hier eine völlige Aenderung eintreten zu lassen, oder er hat auch die Art, wie er die Agnition bestehen läßt, geradezu für seine Zeit passend gefunden [4]).

§. 141. Wir sind nunmehr zum Schlusse dieses Kapitels gelangt. Stellen wir die Resultate desselben nochmals kurz zusammen.

1) Die **cretio** ist vor Justinian noch keineswegs **de jure** ganz aufgehoben; ob sie in irgend einem der drei oben angegebenen Fälle noch wirklich im Leben vorgekommen sei, bleibt freilich ungewiß. Jedenfalls aber war sie nirgends mehr eine Nothwendigkeit, sondern konnte stets durch **pro herede gestio** ersetzt werden. (Nr. 1. 3. 4. 7.).

2) Die **missio ex edicto Hadriani** hat, so weit sie reicht, also für das Gebiet der testamentarischen Succession die Agnition der **b. p.** ganz verdrängt. (Nr. 5. 6. 8.).

3) Im Notherbenrecht und dem Intestaterbrecht, bestand, sobald es eine **successio ex jure praetorio** war, die Agnitionspflicht für den der Erbe werden will, im Allgemeinen noch fort. Nur ist sie **ab intestato** für die Mutter und die mit ihr concurrirenden Agnaten aufgehoben (s. Nr. 1), und damit also die eigenthümliche Reihenfolge vernichtet, welche wir in **fr. 2 §. 18 ad SC. Tertull.** finden [1]). Umgekehrt war dem für das Kind antretenden Vater auch die **hereditatis aditio** unter die Agnitionsregeln der **b. p.** gestellt worden (Nr. 4.), was aber später wieder für unnöthig erklärt wird (Nr. 7.).

Dagegen um im Notherbenrecht und in der Intestatsuccession das **Int. quor. bon.** zu haben, muß gleichmäßig bei jeder **successio juris Praetorii** und **civilis** (denn natürlich

4) Wir werden später hierauf zurückkommen.

1) Es ist zu bemerken, daß die l. 1 Th. C. de legit her. noch vor der l. 9 C. qui admitti erlassen wurde, welche erst das Agnosciren inter alienam vicem erlaubte. Aber auch nachher hatte die l. 1 noch ihre Bedeutung, da das Erbrecht der Mutter ein rein civiles sein sollte, also überhaupt nicht mehr der Agnition bedurfte.

Digitized by Google

kann auch jeder **heres b. p.** agnosciren) die Agnition in der beſtimmten Friſt geſchehen, und wenn alſo, wie eben erwähnt wurde, der Mutter in **l. 1 Th. C. de legit. her.** ein rein civiles Recht verliehen wird (Nr. 1.), ſo iſt nicht daran zu denken, daß ſie beſſer geſtellt ſein ſollte, als alle übrigen Civilerben, daß ſie alſo nun auch ohne Agnition das **Int. quor. bon.** hätte anſtellen können.

4) Wo aber, ſei es zur Erlangung des definitiven Erbrechts, ſei es um des **Int. quor. bon.** willen, die Agnition noch nöthig iſt, da hat ſie doch eine ſehr vereinfachte Form erhalten (Nr. 2. u. 3.), ſo daß ſie im praktiſchen Reſultat wenig drückender war als die **aditio simplex.**

Digitized by

Viertes Kapitel.

Umgestaltung des Interdictum quorum bonorum.

§. 142. Unsere Untersuchung ist jetzt so weit gediehen, daß wir die völlige Umgestaltung des Begriffs der **b. p.** in der Kaiserzeit wohl als etwas Feststehendes betrachten können. Wir haben gefunden, daß sie schon zu Diocletians Zeit durchaus vorlag, daß die Veränderungen der Kaiser in den Agnitionsformen nicht die Ursache derselben, sondern die natürliche Folge gewesen sind. Es bleibt nun noch ein wichtiger Punkt übrig. Das **Int. quor. bon.** besteht in der Kaiserzeit, wie schon oben bemerkt wurde, durchaus fort, aber es ist die Frage, ob es unverändert die Gestalt behalten konnte, welche wir in unserem ersten Bande als das Ergebniß der klassischen Juristenzeit gefunden haben. Ich habe dort entwickelt, daß diese Gestalt, wie die Quellen sie uns nachweisen, genau mit dem ganzen Wesen und Begriff der **b. p.** zusammenhängt und sich daraus erklärt. Indem nun aber dieser Begriff umgeworfen wurde, mußten nothwendig auch seine Folgerungen, und darunter gehört das **Int. quor. bon.**, gleiches Schicksal theilen. Es ist oben schon ausgeführt, daß die **fictitiae actiones** seit Diocletian ihre Eigenthümlichkeit völlig verloren haben; ebenso gut wie der Prätorische Erbe ganz gleich dem **heres** die **successionis vindicatio** hat, so hat er auch die diesem zustehenden Einzelklagen (dingliche wie persönliche), und da das Prätorische

Digitized by Google

Erbrecht ein durchaus definitives geworden, so ist natürlich von einer Fiction weder bei der **her. petitio** noch bei den Einzelklagen die Rede.

Das **Interdictum quor. bon.** ist dagegen nicht, wie die **fictitiae actiones**, in der allgemeinen Ausgleichung der petitorischen Erbrechtsmittel untergegangen, aber seine bisherige Gestalt konnte es doch nicht behalten. Daß es in der Kaiserzeit ein durchaus anderes Rechtsmittel geworden ist, welches mit seiner früheren Gestalt nur noch in einzelnen Punkten, die aber jetzt auf ganz anderem Grunde ruhen, übereinstimmt, — das zu beweisen liegt mir jetzt ob. Dieser Beweis ist natürlich auf zwei Punkte zu richten, wir müssen den Inhalt der Umgestaltung, und die Zeit, in die sie zu setzen ist, prüfen. Beide Punkte aber können in der Darstellung selbst nicht äußerlich getrennt werden. Wir werden sehen, daß die Umbildung des Interdicts mit der Umgestaltung des ganzen Begriffs der **b. p.** Hand in Hand gehen mußte, also schon um die Zeit Diocletians zu setzen ist. Als Einleitung zu unserer Untersuchung muß ich zuerst den Begriff der **b. p.**, zur Zeit der klassischen Juristen, wie er im ersten Bande, in die einzelnen Untersuchungen zerstreut, ausgeführt ist, hier in seinen Hauptpunkten noch einmal besonders genau zusammenstellen.

Die **bon. possessio** ist nach Anschauung der klassischen Juristen noch durchaus nicht mit der **hereditas** zu coordiniren, sondern beide verhalten sich so zu einander wie die (**rerum**) **possessio** und **dominium** [1]). **Possessio** ist die factische Ausübung des Eigenthumsrechts, **bon.** oder **hereditatis possessio** die factische Ausübung des Erbrechts, und gerade deßhalb hat sie eben diesen Namen bekommen. Beide, **possessio** und **bonorum possessio**, sind indeß nicht bloß factische Verhältnisse, sondern Rechte, aber sie unterscheiden sich noch wieder dadurch, daß der **bon. possessor** stets **auctore Praetore possidet** [2]), während das bei der **possessio** vorherrschend

1) Bd. I. S. 215 ff Von den heredes wird gesagt (fr. 9 §. 12 de her. inst.) juris successores sunt, von der b. p. (fr. 3 §. 1 de bon. p.) juris possessio est. Dies objective jus ist bei Beiden dasselbe.

2) Bd. I. S. 222.

Digitized by Google

nicht der Fall ist. Deßhalb gewinnt die **bon. poss.** einen durchaus juristischen Charakter, während die **possessio non solum juris sed et corporis** ist.

Beide aber sind trotz dieser Verschiedenheit doch immer darin gleich, daß sie, besondere Ausnahmen abgerechnet, nur interimistische Rechte sind, in deren eigentlichem Wesen das dauernde Behalten des Rechts, das man ausübt, durchaus nicht enthalten ist. Ueber Erbrecht entschieden früher bei den Römern die Centumvirn [3]), der Prätor kann in Folge seines Imperium allerdings einstweilige Verfügungen über rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit nach bestem Ermessen treffen, aber dem Erbrecht selbst wird dadurch nicht präjudicirt. Wenn die Römer sagen, der **bon. possessor** sei kein **heres**, so dürfen wir das nach ihrer damaligen Anschauung nicht übersetzen, er sei kein Civilerbe, das war auch noch in der späteren Kaiserzeit ebenso und verstand sich von selbst, — sondern er war überhaupt nicht (definitiver) Erbe, er war nur der durch Prätorische Machtvollkommenheit constituirte Ausüber des Erbrechts, also **loco heredis, fictus heres.**

Diese Ausübung ist aber im weitesten Sinne genommen, sie umfaßt nicht bloß den Besitz der körperlichen Sachen, sie umfaßt die vollkommene Repräsentation des Verstorbenen, also die **bon. poss.** ist allerdings Universalsuccession, aber doch eben nur die Ausübung der Universalsuccession [4]). Deßhalb wird bei der **bon. possessio** und den dadurch veranlaßten Processen vom definitiven Erbrecht gar nicht gehandelt, und gerade hiedurch wird sie zu einem für **heredes** und nicht **heredes** dem Namen [5]) wie der Sache nach gleichmäßig passenden Institute. Für den **heres** um der raschen Besitzerlangung willen [6]), für den **Nichtheres**, damit wegen der Säumigkeit des **heres** Jemand da sei, der **tanquam heres distrahere hereditatem** [7]), und alle Interessirte befriedigen könne.

---

3) Bd. I. S. 393 ff.
4) Bd. I. S 397.
5) Bd. I. S. 97. S. 291.
6) Bd. I. S. 95. ff. S. 394.
7) fr. 23 de her. inst.

Digitized by Google

Freilich kann es kommen, daß dieser Nichtheres nun auch die Erbschaft behält. Deßhalb hat der Prätor nicht jeden Beliebigen, sondern nur die späteren Civilklassen und andere nahe stehende Personen zu seinem Institute berechtigt, und ihnen eine gewisse Legitimation vorgeschrieben. Aber das ist nicht an und für sich die Folge des Begriffs der **b. p.**, sondern das Resultat von Zufälligkeiten, oder von einigen auf ganz besonderen Gründen ruhenden Ausnahmen. Der Begriff der **b. p.** ist dadurch nicht umgestoßen worden, und konnte es nicht werden, der eigentliche Begriff liegt nicht in dem accidentalen **majus**, sondern in dem **minus**, welches (im Gegensatz zu der **b. p. non data**) als vollkommen gültige **b. p.** erscheint, d. h. in der **b. p. sine re** [8]). Nach ihr, nicht nach der **b. p. cum re**, sind die Rechtsmittel der **b. p.** construirt. Deßhalb kann es zur Zeit der klassischen Juristen noch keine allgemeine **her. pet. possessoria** geben [9]), deßhalb wurden die **fictitiae actiones** so concipirt, daß von einer **exceptio rei judicatae** gegen die **her. pet.** nicht die Rede sein konnte [10]), deßhalb endlich kann das **Int. quor. bon.** nur auf **possessio** gehen, die Frage über definitives Erbrecht darf nicht eingemischt, oder was dasselbe sagt, das Interdict kann, abgesehen von ganz eigenthümlichen Ausnahmen, auch gegen den **heres**, so lange dieser nicht durch die **her. pet.** der **b. p.** den **effectus** genommen hat, siegreich angestellt werden [11]). —

Hiebei ist freilich, wie sich von selbst versteht, nicht zu läugnen, daß die **b. p.** schon zur Zeit der klassischen Juristen ihrem praktischen Effekte nach mehr war, als was ihr eigentlich juristischer Begriff sagt. Gerade weil doch schon Ausnahmen bestanden, wo sie gleich von vorn herein **cum re** ist, weil ferner die Zahl der **legitimi heredes** so klein war, und deßhalb so häufig Cognaten und Ehegatten das Vermögen behielten, so war sie allerdings ein Institut, das zu mehren Zwecken diente, als zur interimistischen Repräsentation des säumigen **heres**. Es war in der That dadurch die Berücksichti-

8) Bd. I. S. 224.
9) Bd. I. S. 295.
10) Bd. I. S. 321.
11) Bd. I. S. 322. S. 384.

Digitized by Google

gung aller möglichen bei einem Erbfalle vorkommenden Interessen, die nothwendige Ausbildung und Erweiterung des ganzen Römischen Erbrechts erlangt worden. Aber mit dem Nutzen, den ein Institut dem praktischen Resultate nach gewährt, und mit dem Gebiete der Lücken, die es dem Effekte nach ausfüllt, ist sein juristischer Begriff nicht zu verwechseln. Die Römischen Juristen halten diesen Begriff noch immer aus früherer Zeit her unverändert fest, obgleich das Institut nach seiner Ausdehnung dem Begriffe fast über den Kopf gewachsen war. Sie mußten ihn festhalten, weil doch die Fälle der **b. p. sine re** noch immer häufig genug waren, und weil ferner magistratische Besitzesertheilung doch stets einen anderen Charakter hat, als im Gesetze verliehenes Erbrecht.

Zur Umbildung der **b. p.** gehörten noch andere von außen herzutretende Momente, damit sie auch dem juristischen Begriffe nach das werden konnte, was sie freilich dem praktischen Effekte nach schon vielfach ausfüllte. Wir haben als den Grund, der dies bewirkte, abgesehen von dem Verschwinden der Rechtswissenschaft, die veränderte Stellung des Prätors erkannt, das Wegfallen des freien Ermessens und des directen Eingreifens, womit er früher ohne stete Anordnung von eigentlichen Processen die Erbschaftsangelegenheiten kraft eigener Machtvollkommenheiten regulirte. Ohne den Römischen Prätor ist keine **bon. poss.** im alten Begriff denkbar, und so setzte sich denn erst mit der veränderten Stellung der Beamten und mit dem Wegfallen einer lebendigen Rechtskenntniß, der neue Begriff von selbst, d. h. ohne alles Kaisergesetz, an die Stelle.

§. 143. Vergleichen wir nun mit diesem juristischen Begriff der **bon. possessio** in der klassischen Zeit den neuen der späteren Kaiserzeit, wie er in den vorhergehenden drei Kapiteln entwickelt ist, so läßt sich daraus leicht entwickeln, was nothwendig aus dem **Int. quor. bon.** werden mußte.

Wir können kurz sagen, daß der alte Begriff der **b. p.** durchaus auf possessorischen Elementen ruht, während der neue Begriff ganz aus petitorischen besteht. **Bonorum possessio** heißt jetzt nur noch die (definitive) **successio ex**

Digitized by Google

jure Praetorio, die **b. p. sine re** giebt es nicht mehr. Die Agnition ist nichts, als eine besondere Antretungsform, der, wenn Gegner vorhanden sind, die **her. pet.** nachfolgen muß, damit auch richterlich festgestellt werde, daß man in der That der nächste Erbe sei, und also die Antretungshandlung überhaupt von juristischer Bedeutung war. Also wer **ex jure Praetorio** zur **successio** gerufen ist, der muß, wenn er die **successionis vindicatio** anstellt, beweisen, daß er die **b. p.** agnoscirt habe, ebenso wie der Civilerbe, welcher die **her. pet.** anstellt, sich auf die **her. aditio** stützen muß.

Dieser Satz ist nach den oben mitgetheilten Stellen für die Zeit Diocletians nicht zu bezweifeln. (§. 125. Nro. 1. 2. 3. 4. 6. 7. 8). Nach dem alten Begriff der **b. p.** war es gerade umgekehrt. Wer **b. p.** agnoscirt hat, stellt nicht die **her. pet.** an, sondern hat die Vortheile der Beklagtenrolle, und wartet ruhig, bis ein Anderer mit der **her. pet.** gegen ihn auftritt, und zeigt, daß er dem **b. poss.** vorgehe. Bis dahin ist der letztere, wie es ja das Wort schon sagt, **possessor hereditatis**, und um sich auch factisch in den Besitz zu setzen, hat er die Prätorischen Rechtsmittel, und namentlich wegen der **corpora hereditaria** das **Interd. quor. bon.** auch gegen den **heres**, auf einstweilige Herausgabe des Besitzes [1]). Dies exorbitante Recht aber, daß der **bon. possessor**

1) Ich sage: auf einstweilige Herausgabe des Besitzes, weil dies die Grundidee der b. p. ist, und auch in der klassischen Juristenzeit noch durchaus vorherrscht. Bei der c. t. und unde liberi war es freilich anders, da der Zweck dieser Klassen darin bestand, dem b. possessor gegen den heres, welchem gegenüber die b. p. correctorisch war, definitiv das Vermögen zu verleihen. Um desto mehr war aber natürlich bei diesen Klassen die exceptio, daß der Bekl. heres sei, gegen das Interdict unzulässig, weil ja sogar dem heres hier, auch nach der Besiegung im Interdictsproceß, die her. pet. denegirt wurde. Anders ist die Stellung des b. possessor unde liberi gegen den scriptus heres; diese erklärt sich ganz aus der Grundidee der b. p. Der heres war säumig gewesen, hatte die b. p. nicht agnoscirt, und der b. possessor siegt gegen ihn mit dem Interdict eben wegen dieser Säumigkeit, aber dafür auch nur interimistisch, indem der scriptus heres dann hinterdrein die b. p. durch die her. pet. zur sine re machen kann. — Wir dürfen aber nicht vergessen, daß von dieser allgemeinen Regel, der heres dürfe

Digitized by

einstweilen auch gegen den **heres** siegte, hatte doch wahrlich seine ganz gemessenen Voraussetzungen, welche einfach darin ausgedrückt werden, daß der, welcher das **Int. quor. bon.** anstellen will, die **b. p.** agnoscirt haben mußte. Im ganzen Verlauf des Werks haben wir nun aber ausgeführt, daß bei jeder Agnition, sei es **contra** oder **secundum tabulas** sei es **ab intestato**, der Prätor gewisse bedingende Beweise fordert. Nach der Ertheilung folgte dann freilich das **Int. quor. bon.** von selbst, ohne weiteren Beweis vor dem **judex**, daß der Kläger mit Recht die **b. p.** erbeten habe, ja auch nur daß die **b. p.** ertheilt worden sei [2]), aber die Freiheit von diesen Beweisen im Interdictsproceß erklärt sich doch nur daraus, daß der Prätor, welcher das Interdict gewährte, vorher selbst die **b. p.** ertheilt hatte [2a]), und zwar nur in Folge von einer besonderen dabei erbrachten Legitimation oder weil ihm die Persönlichkeit des Erbittenden bekannt war. Der Prätor ertheilte die **b. p.** stets nach einer seiner Ueberzeugung genügenden Wahrscheinlichkeit, daß der Erbittende die richtige Person sei, denn sonst hätten ja sehr häufig ganz ungültige Ertheilungen der **b. p.** vorkommen müssen, deren Folge dann gewesen wäre, daß in demselben Erbfalle bis zur Constatirung der Ungültigkeit keine **b. p.** an die wirklich Berechtigten mehr ertheilt worden wäre, und daß ganz unbefugte Personen durch das Interdict selbst vom **heres** sich den Besitz der Erbschaftssachen hätten einfordern können, was doch ganz undenkbar ist.

---

sich nicht auf sein Erbrecht berufen, bereits in der klassischen Juristenzeit eine wichtige Ausnahme bestand, nämlich bei der **b. p.** aus vitiösen Testamenten. Hier hat der **legitimus**, gleich wenn der **b. possessor possessionem petat**, die **exceptio doli mali**. (§. 107. Note 4 u. 5). Aber diese Ausnahme erklärt sich von selbst aus der eigenthümlichen Natur dieser **b. p.**, bei der der Prätor den Instituirten erst hinter dem **legitimus** schützen will, und Letzteren auch gar kein Vorwurf der Säumigkeit wegen Nichtagnition der **b. p.** trifft.

2) Bd. I. S. 386 Wohl aber konnte, wie dort ausgeführt ist, der Gegner vernichtende Beweise vorbringen.

2a) **Valer. Maxim VII. 7 §. 6. „Genucius — a praetore impetraverat, ut restitui se in bona Naeviani juberet** (das Interdict ist bekanntlich ein restitutorisches), **quorum possessionem secundum tabulas testamenti ab ipso acceperat.“**

Wir können also auch so sagen: das so sehr bedeutende Recht, selbst den **heres** einstweilen besiegen zu können, ruht allerdings auf ganz festen Voraussetzungen, nämlich auf der nach dem Ermessen des Prätors zu beurtheilenden Wahrscheinlichkeit, daß der Kläger der wirklich zur Erbschaft Berechtigte sei [3]). Sonst wäre ja auch das Interdict ein höchst gefährliches und ganz unbegreifliches Institut gewesen. Nur bestand zur Zeit der klassischen Juristen die Regel, daß diese Wahrscheinlichkeit, worauf das Interdict ruht, nicht vor dem **judex** des Interdictenverfahrens dargethan, sondern gleich im Voraus vom Prätor bei der Ertheilung der **b. p.** beurtheilt wird. Und das hat seinen guten Grund darin, daß nun bei mehrmaliger Anstellung des Interdicts, ferner bei den vielen möglicherweise activ oder passiv anhängig gemachten **fictitiae actiones**, endlich überhaupt bei allen möglichen vom **b. possessor** einzugehenden Rechtsgeschäften, nicht immer wieder von Neuem die Legitimation des **b. p.** wiederholt zu werden brauchte. (Bd. I. S. 391). Gerade darin lag das Heilsame der **b. p.** für die damalige Zeit, daß der Prätor selbstthätig die Zügel bei der Leitung der Erbschaftsangelegenheit in die Hand nahm, daß er eine raschere Erledigung der nöthigen Processe bewirkte, und in vielen Fällen überhaupt Processe ganz unnöthig machte, während, wenn er die **b. p.** ohne alle Bescheinigung und eigene Beurtheilung ertheilt hätte, z. B. jeder Schuldner, auch wenn er gern gutwillig zahlen wollte, es um der eigenen Sicherheit willen zum Proceß kommen lassen mußte, damit erst in diesem Proceß das Recht des Gegners auf die **b. p.** gehörig festgestellt würde.

Dies Alles aber gewinnt offenbar eine ganz andere Gestalt, seitdem das directe Eingreifen des Magistrats bei der

---

3) Man kann vollkommen sagen, daß es die Wahrscheinlichkeit sein mußte, der **b. possessor** werde auch wirklich die Erbschaft dauernd behalten (**cum re**), denn der ihm vorstehende **heres** hatte ja die Agnition versäumt, ward also als nicht vorhanden präsumirt (**fr. 1 §. 10 de succ. ed.**), und wo es sicher war, daß er sich dennoch der Erbschaft annehme, ward ja vielleicht gar keine **b. p.** ertheilt. Bd. I. S. 234.

Digitized by Google

Regulirung der Erbschaftsangelegenheiten verschwindet, und die Beamten jedem sie Angehenden die b. p. ohne Weiteres ertheilen, anfangs noch unter den alten Formalitäten, bald aber auch ohne diese, und auch ohne daß der Beamte der competente Richter zu sein brauchte, weßhalb denn jetzt vor ganz verschiedenen Behörden die Prätorische Erbantretung verschiedener Erbprätendenten vorgefallen sein konnte. Es versteht sich doch von selbst, daß nun ein solcher in entfernter Klasse Stehender nicht mit etwaiger bloßer Nachweisung, er habe b. p. zu rechter Zeit agnoscirt, gegen den in früherer Klasse stehenden **heres** auftreten und mit dem Interdict den Besitz der Sachen, *ohne daß sich der* **heres** *auf sein Erbrecht berufen dürfte*, erlangen konnte [4]). Es wäre sonst wirklich das Interdict das gefährliche, man kann sagen widersinnige Institut geworden, welches es zur Zeit der klassischen Jurisprudenz wahrlich nicht war, und wovon wir auch in der späteren Kaiserzeit nicht die geringste Spur entdecken können.

Es leidet also wohl keinen Zweifel, daß jetzt gegen den mit dem Interdict Auftretenden der **heres** die Behauptung vorbringen kann, er sei **heres**, deren Wahrheit nun schon gleich constatirt werden muß, und daß also nur, wenn sich auf Seiten des Klägers besseres Recht findet (d. h. *wenn der Gegner nicht* **heres** *ist*), von einem Siege des Klägers die Rede sein kann. — Was wird denn aber nun in diesem Proceß festgestellt? Offenbar doch das definitive Erbrecht, der Proceß ist also, auch wenn der Kläger seine Klage anfangs **Int. quor. bon.** genannt haben mogte, eine reine **hereditatis petitio**, eine **successionis vindicatio.**

Hierin liegt der in sehr einfachen Worten auszusprechende Satz: *Das* **Int. quor. bon.** *kann nicht mehr gegen den* **heres** *angestellt werden*, denn der Proceß verwandelt sich dann von selbst in die **her. petitio.** Dieser Satz ist die nothwendige Folgerung aus dem anderen oben bewiesenen Punkte, daß die Agnition der b. p. zu Diocletians Zeit nicht

4) Mit anderen Worten: die **exceptio doli**, welche der **heres** den Interdicte zur Zeit der klassischen Juristen nur in einem Ausnahmsfall entgegensetzen konnte (Note 1), mußte jetzt ein allgemeines Vertheidigungsmittel im Interdictenproceß werden.

Digitized by Google

mehr wie früher auf eine vom Prätor beurtheilte Wahrscheinlichkeitsrechnung gebaut, sondern eine reine Form geworden war, die also natürlich gar keine Basis mehr gewährte, um dem mit dem Interdicte Klagenden den Sieg gegen den heres verschaffen zu können.

Hiemit ist, wie wir nachher noch weiter zu verfolgen haben, die völlige Umgestaltung des Interdicts gegeben. Wir müssen vorher noch, ehe wir hierauf eingehen, die äußeren Quellenzeugnisse kennen lernen, wodurch dieser unser Hauptsatz bewiesen wird.

Der vollkommene Beweis, daß sich zwischen Gaius und Justinian das Interdict in der angegebenen Weise umgebildet hat, liegt in der Zusammenstellung folgender beiden Stellen:

> **Gai. IV. 144. — Interdictum — cujus principium est: quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur: pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore etc.**
>
> **§. 3 I. de Interd. — Interdictum —, quod appellatur Quorum bonorum; ejusque vis et potestas haec est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possessore etc.**

Niemand wird denken, daß hier in den Institutionen die Worte: **tam is qui heres est** aus Versehen weggelassen seien. Aber man könnte der Meinung sein, daß die Compilatoren, indem sie diese Worte strichen, erst selbst die Umgestaltung des Interdicts hervorriefen, daß diese nicht schon in der vorhergehenden Kaiserzeit bestanden habe. Gegen eine solche Ansicht braucht nicht einmal hervorgehoben zu werden, daß der Kaiser über eine so wichtige Neuerung, wenn er sie zuerst hervorgerufen hätte, doch nothwendig etwas mehr Worte gesagt haben müßte,

Digitized by Google

während es sich von selbst verstand, daß bei der Abfassung der Institutionen von den Gaianischen Worten ohne weitere Bemerkung das gestrichen wurde, was sich schon seit Jahrhunderten umgestaltet hatte. Es braucht jener Auffassung, (falls überhaupt sich ihr Jemand zuneigen wollte) lediglich unsere obige Argumentation entgegengehalten zu werden, durch die wir zu den Satz selbst gelangten. Die Umgestaltung des Interdicts ist die nothwendige Folge der Umgestaltung der ganzen b. p., deren Agnition nicht mehr einer dem Richter zu verschaffenden Ueberzeugung der Wahrscheinlichkeit, daß der Petent der wahrhaft Berechtigte sei, bedurfte. Da diese Umgestaltung schon zu Diocletians Zeit feststeht, so müssen wir auch dem Interdicte schon jetzt den angegebenen Charakter zuschreiben.

Und dies bestätigt auch vollkommen das oben schon mitgetheilte Rescript Diocletians, (§. 127 Note 6), woraus wir dort entwickelten, daß es damals keine **b. p. sine re** mehr gab. Es ist darin die Rede von einer späteren *Klasse*, welche **b. p.** agnoscirt hat, der aber in früherer Klasse *Andere* entgegenstehen, die Agnatenrecht in Anspruch nehmen. Früher bekam hier erst der **b. possessor** das Vermögen durch Hülfe des **Interdictum quor. bon.**, die Gegner mußten mit der **her. pet.** auftreten und ihr Agnatenrecht beweisen. Diocletian aber setzt gerade umgekehrt den, der die Agnition der **b. p.** beweist, als Kläger mit der **her. pet.** voraus, er sagt, nur wenn die Gegner nicht Agnaten seien, habe er überhaupt die **her. pet.** (**eorum vindica successionem**), darin also liegt, daß die Gegner, wenn sie wirklich Agnatenrecht haben, das ganze Recht des **bonorum possessor** ausschließen; mithin müssen sie sich natürlich auch gegen den klagenden **b. possessor** gleich auf ihr früheres Erbrecht berufen können. Die **b. p.** hat daher gegen eine frühere Erbklasse gar keine selbständige interimistische Autorität, mit anderen Worten, es giebt gegen sie kein Interdict mehr, und deßhalb setzt der Kaiser als sich von selbst verstehend voraus, daß die Klage, welche der **bon. possessor** gegen die Agnaten anstellt, die **her. pet.** ist, weil das Recht der voranstehenden Klasse gleich in diesem Proceß untersucht werden muß, und der Kläger nur siegt, wenn er dies Recht als nicht vorhanden erweist.

Digitized by Google

§. 144. Wir haben nun, nach Feststellung des Fundamentalsatzes, weiter zu verfolgen, ob auch die übrigen Punkte unseres Interdictes entweder aus der klassischen Zeit unverändert fortbestanden oder eine andere Gestalt gewannen. Am Passendsten läßt sich die Darstellung an das Rescript Diocletians, welches wir noch in **l. 2 C. quor. bon.** besitzen, anknüpfen, indem darin alle Hauptpunkte des Interdicts mit absichtlicher Genauigkeit zusammengestellt sind [1]).

> **Si ex edicto sororis patruelis intestatae sine liberis defunctae, 1) recte petita bonorum possessione, quaesisti successionem, ac negotium integrum est, 2) quae cum moreretur ejus fuerunt, secundum interdicti Quorum bonorum tenorem 3) ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, 4) tibi rector provinciae restitui efficiet.**

Der Kaiser stellt die einzelnen Bedingungen, die wir mit Zahlen bezeichnet haben, fast ganz mit den Edictsworten dar. Wir wollen sie in derselben Reihenfolge durchgehen.

1) Das nothwendige Erforderniß des Interdictes ist, daß man **bon. poss.** unter den richtigen Voraussetzungen und namentlich in der damals noch nöthigen Form (**recte petita**) agnoscirt haben muß. Oben (§. 132 Note 4 u. 5) ist bereits bemerkt, daß ganz ähnlich Diocletian öfter von einer **solenniter petita b. p.** spricht, weßhalb denn mit Unrecht in der Herrmannschen Ausgabe des Codex zwischen **recte** und **petita** ein Komma gesetzt worden ist.

Diese Agnition muß man aber im Interdictsproceß beweisen, und darin unterscheidet sich die Zeit Diocletians we-

---

1) Ich muß hier, mich eines Fehlers anklagend, die Interpretation widerrufen, welche ich Bd. I. S. 387. f. und S. 392. Note 11 von dieser Stelle gegeben habe. Obgleich ich schon damals die in diesem dritten Buche ausgeführte Ansicht über Umgestaltung der b. p. hegte, ließ ich es doch außer Acht, davon auf dieses Rescript Diocletians die gehörige Anwendung zu machen, und interpretirte es aus dem Rechte der klassischen Juristen. Dagegen bleibt die Erklärung der l. 1 C. quor. bon. (vom Jahr 197), welche Bd. I. S. 389 folgt, vollkommen bestehen.

Digitized by Google

sentlich von der der klassischen Juristen. In unserer Stelle findet sich freilich diese Beweispflicht nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber sie wird doch sehr deutlich hier vorausgesetzt. Wir können nämlich daran unmöglich zweifeln, weil, wie wir vorher nachgewiesen haben, auch zur Anstellung der **her. pet.** dieser Beweis jetzt nöthig war, und ganz dieselben Gründe für das Interdict sprechen. Die Ertheilung des Interdicts ist nicht mehr Etwas, dessen Zulässigkeit der Prätor, der selbst die **b. p.** ertheilt hat, beurtheilt. Das Interdict ist eine Klage, wie jede andere, und so muß sich, was schon immer Voraussetzung des Interdicts gewesen, aber der Prätorischen Untersuchung überlassen war, jetzt zu einem gewöhnlichen Beweispunkte im Proceß gestalten.

Wenn wir aber sagen, der Kläger müsse die Agnition beweisen, so liegt darin noch mehr, er muß auch darthun, daß er sie mit Recht agnoscirt habe, die **b. p.** muß **recte petita** sein.

Früher war auch dies wieder anders. Nur die *vernichtenden* Beweise konnten allerdings im Interdictenproceß und zwar vom Gegner vorgebracht werden, weil der Kläger in Folge der *bedingenden* Beweise, worauf die Agnition ruht, als der zur Erbschaft Berechtigte präsumirt wurde. Ueber die bedingenden Beweise aber fand im Interdictenproceß kein weiteres Beweisverfahren statt, weil dies ja gerade das Gebiet war, welches der Prätor seiner eigenen Beurtheilung reservirt hatte. Freilich haben wir auch hier anzunehmen (Bd. I. S. 391), daß je nach dem Prätorischen Ermessen auch bedingende Beweise in den Interdictenproceß hinübergeschoben werden konnten, indeß die Regel bildete das nicht.

Jetzt aber, wo die Prätorische Beurtheilung bei der Agnition hinwegfiel, mußte sie natürlich durch einen vom Kläger zu leistenden Beweis im Interdictenproceß ersetzt werden, sonst hätte ja die Klage gar keine sichere Basis gehabt, und unmöglich kann man doch dem Bekl. gleich von vorn herein den Beweis, daß die **b. p. non recte petita** sei, zuwälzen. Dies scheinen denn auch die Worte unserer Stelle: **ac negotium integrum est** zu sagen, sie sind die Erklärung des Vorhergehenden: die **b. p.** müsse **recte petita** sein. Der Kläger

Digitized by Google

nuß darthun, daß er ein wirkliches Recht zur Agnition habe, daß ſie eine begründete Rechtshandlung (**negotium integrum**) geweſen ſei [2]).

2) Der Gegenſtand des Interdictes (**quae cum moreretur ejus fuerunt**) wird von Diocletian ganz dem früheren Recht gemäß angegeben. Wenigſtens haben wir gar keinen Grund, die angeführten Worte in einem anderen Sinn, als worauf das Interdict bisher gerichtet war, zu verſtehen. Eben ſo haben wir Diocletian ſchon in einer anderen Stelle ſich ausdrücken ſehen (§. 132 zu Note 4 u. 5), worin eine ſehr deutliche Hinweiſung auf das **Int. quor. bon.** enthalten iſt. Sonſt könnte man verſucht ſein, die Worte entweder zu eng auf bloße Eigenthumsſachen zu beziehen (Bd. I. S. 388), oder umgekehrt ihnen einen zu weiten Sinn beizulegen. Ulpian definirt nämlich die **b. p.** als **jus persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque quum moritur fuit** [3]). Mir ſcheint allerdings, daß Diocletian, der offenbar in unſerer Stelle überhaupt die alten Edictsworte wiederholt, auch hier abſichtlich ſich an die althergebrachte Definition der **b. p.** und an Worte anknüpft, die vielleicht ſelbſt im Edict ſtanden. Aber daraus dürfen wir natürlich nicht ſchließen, daß Diocletian ſie in ſo weitem Sinn genommen als Ulpian in ſeiner Definition, daß hier alſo das Interdict über das Gebiet der **corpora hereditaria** hinaus erweitert worden ſei. Wir finden es in der ganzen Folgezeit unverändert in dieſen Gränzen, und da ja in Ulpians Definition jedenfalls auch die **corpora hereditaria** und alſo das **Int. quor. bon.** mitbegriffen iſt, ſo konnte der Kaiſer ohne Furcht vor Mißverſtändniſſen ſehr wohl ſich dieſer Worte bedienen.

3) An den Gegenſtand des Interdictes fügt denn unſere Stelle die Perſon des Beklagten. Sie führt ebenſo wie die Edictsworte in **fr. 1 pr. quor. bon.** den **pro herede** und **pro possessore possessor** und den **qui dolo fecit, ut desineret possidere** an. Ausgelaſſen alſo iſt nur die ſich auf den

2) Freilich laſſen ſich die Worte immerhin, obgleich es mir nicht wahrſcheinlich iſt, auch ſo verſtehen, wie bereits Bd. I. S. 388 Note 7 am Ende angedeutet iſt.

3) fr. 3 §. 2 de b. p. Bd. I. S. 398.

Digitized by Google

pro herede und **pro possessore possessor** beziehende Bestimmung: **possideresve si nihil usucaptum esset**, welche dies Edict wahrscheinlich schon vor Hadrian enthielt (Bd. I. S. 101), die dagegen, seitdem die **pro herede usucapio** auch hinterdrein durch die **her. pet.** revocabel war, als etwas nicht mehr Hervorstehendes leicht wegbleiben konnte.

Unter dem **pro herede possessor** haben wir nun aber nicht mehr, wie Gaius sagt, den **heres** und den **qui putat se heredem esse**, sondern lediglich den Letzteren zu verstehen. Es ist wohl sehr wahrscheinlich, daß der so besonders wichtige Satz, unter dem **pro herede possessor** werde beim Interdict auch der **heres** begriffen, im Edicte selbst bemerkt war, und in das **fr. 1 quor. bon.** nur nicht mit aufgenommen wurde, ebenso wie man ihn auch bei der Abfassung der Institutionen strich. Die besondere Hervorhebung war doch sehr nothwendig, da man im Uebrigen bei der **her. pet.** von jeher gewohnt war, unter dem **pro herede possessor** den **heres** selbst natürlich nicht mit zu begreifen. Sehr erklärlich ist es daher, daß hier in unserer Stelle, weil damals das Interdict, ebenso wie die **her. pet.**, nur gegen den **qui putat se heredem esse** möglich war, dies gar nicht besonders hervorgehoben wird, weil einestheils dies als eine bekannte Sache vorausgesetzt werden konnte, anderntheils es dem vulgären Sprachgebrauch des Ausdrucks **pro herede possessor** entsprach.

Wir haben hier nun aber genauer auf die Bedenken einzugehen, welche sehr nahe liegen, wenn man die beiden Sätze neben einander stellt, das **Int.** gehe nicht mehr gegen den **heres**, wohl aber gegen den **pro herede possessor**. Es scheinen sich nämlich dieselben durchaus nicht mit einander zu vertragen. Wir haben oben das, wie mir scheint, unläugbare Resultat gewonnen, daß seitdem der Agnition keine Wahrscheinlichkeitsbeweise mehr vorherzugehen brauchten, dem mit dem Interdict Klagenden vom **heres** die Behauptung, er sei **heres**, mußte entgegengesetzt werden können. Wie nun? Diese Behauptung, er sei **heres**, bringt ja auch Jeder vor, **qui putat se heredem esse**? Noch mehr. Jeder **pro possessore possessor** kann ja auch nur sagen, er sei **heres**? Da wir nun ebensowenig läugnen können, daß bei der **her. petitio**,

wenn der Bekl. Erbrecht behauptet, nicht dieser, sondern der Kläger sein Recht zu beweisen hat [4]), so scheint diese Beweisregel auch hier angenommen werden zu müssen, und also zu folgen, daß stets durch diese Gegenbehauptung des Beklagten der Proceß sich in eine **her. pet.** verwandeln mußte, indem der Kläger zu beweisen hätte, **hereditatem ad se magis pertinere, quam ad eum qui possidet.** Das heißt denn aber soviel als: es gab gar kein Interdict mehr, es war vollkommen in die **her. pet.** aufgegangen. Und dem widersprechen doch alle Quellenaussprüche der späteren Kaiserzeit, sowohl die bisher schon mitgetheilten, als die noch ferner anzuführenden.

Wir werden aber wohl Wege finden können, um dieser uns ganz in Hülflosigkeit lassenden Schlußfolgerung zu entgehen. Zuerst den **pro possessore possessor** können wir gleich wieder ausscheiden. Man versteht darunter ja nur den, von welchem es sich *nachweisen* läßt, daß er mit vollem Bewußtsein eine fremde Erbschaft in Besitz genommen hat. Dieser Beweis ist aber gar nicht damit geliefert, daß Kläger sein eigenes Erbrecht nachweist, er muß ganz selbständig sich auf Umstände stützen, welche zeigen, daß der Bekl. **in mala fide** Besitz ergriff. Ehe dies erwiesen ist, gilt er als **pro her. possessor**, da er natürlich seine **mala fides** nicht selbst gleich eingestehen wird; ist aber die **mala fides** dargethan, und sei es auch durch Geständniß des Bekl., so siegt damit ja eben der Kläger schon gegen ihn, ohne daß er noch außerdem sein Erbrecht zu beweisen brauchte. Ein **Int. quor. bon.** gegen den **pro possessore possessor** ist also vollkommen denkbar, ohne daß die anfängliche Behauptung des Letzteren, er sei **heres**, den Proceß in einen petitorischen verwandeln müßte.

Anders aber ist es bei dem Gegner, bei welchem sich die

---

4) **Paulus libr. I. recept. sent.** aus der **Consultatio vet. ICt. VI.** (Bonner Ausgabe p. 400): **Qui petit hereditatem, ipse probare debet, ad se magis, quam ad eum, qui possidet, sive ex testamento sive ab intestato pertinere.** Diese Beweisregel konnte bei der früheren Gestalt des Interdicts gar nicht eintreten, weil der Gegner sich dabei gar nicht auf Erbrecht berufen durfte; seitdem dies aber zulässig wurde (d. h. seit das Interdict nicht mehr gegen den **heres** ging), scheint sie ganz von selbst Platz greifen zu müssen.

Digitized by Google

mala fides nicht nachweisen läßt, und der nun die Behauptung seines Erbrechts (mag er sie innerlich für wahr oder falsch halten) dem Kläger entgegenstellt. Das ist ja der **pro herede possessor**, und da er seine Behauptung schon nach innern Gründen nicht zu beweisen braucht, so scheint doch wenigstens in diesem Falle kein anderer Ausweg, als daß der Kläger ein besseres Erbrecht darthut, also daß der Proceß zu einem gewöhnlichen petitorischen wird.

Aber auch hier ist diese Schlußfolgerung vollkommen unzulässig, wie aus folgender Betrachtung hervorgehen wird. Von jeher, so lange die b. p. unter der Leitung des Prätors gestanden hat, kann man sie auch so bezeichnen: sie war eine Wahrscheinlichkeitsrechnung, um dem **heres** selbst, oder Anderen, die bei seinem Nichtvorhandensein [5]) das Vermögen haben sollten, rasch den Besitz der Erbschaft zu verschaffen. Sie Alle, seien es **heredes**, seien es Nicht-**heredes** *bedürfen* nicht einer vollkommenen Beweisführung, die *ihnen* augenblicklich vielleicht unmöglich sein würde, sie bedürfen *nur einer* Bescheiniguug, wie sie nach einer natürlichen Berücksichtigung des bei den einzelnen Klassen Wahrscheinlichen und Unwahrscheinlichen dem Prätor bei dem Zwecke, welchen sein Institut beabsichtigte, genügen konnte. Aus der in Folge dieser Bescheinigung ertheilten b. p. folgte dann von selbst das Interdict, das Rechtsmittel, wodurch der Prätor ohne Weiteres dem **b. possessor** den Besitz verschaffte. Also das Interdict hat von jeher auf Bescheinigungen geruht, aus denen die Wahrscheinlichkeit hervorging, daß der Kläger der wahrhaft zur Erbschaft Berechtigte sei, der eben um dieser Wahrscheinlichkeit willen die rasche Besitzeseinweisung verdiente. Sollte es diesen Charakter in der späteren Kaiserzeit verloren haben? Alsdann würden doch Spuren davon vorhanden sein. Aber nicht allein

5) Auch dies Nichtvorhandensein ist ja nur eine Wahrscheinlichkeit, welche man durch eine Präsumtion aus dem unbenutzten Ablauf der ihm gesetzten Frist schöpfte. fr. 1 §. 10 de succ. ed. Und auch umgekehrt die den b. possessores nachtheiligen Punkte, z. B. von wo an ihre Frist zu rechnen sei, werden nach gleicher Wahrscheinlichkeit beurtheilte fr. 9 §. 1 unde cog. „quia verisimile non videbatur".

Digitized by Google

finden wir deren keine, es weisen uns die Kaiserconstitutionen gerade umgekehrt auf diese seine practische Bedeutung ganz besonders klar hin. Das Interdict, welches von jeher zur raschen Besitzeserlangung gedient habe (**quod beneficio celeritatis inventum est**), solle auch fernerhin (so heißt es in einer Constitution) diesen Zweck erfüllen (**ne — subdatur injuriis tarditatis**)[5a]. Diesen Zweck der Raschheit erfüllte es, wie im ersten Bande weitläuftig ausgeführt ist, nicht durch ein rascheres Proceßverfahren, auch nicht dadurch, daß, im Interdictsproceß selbst, das was regelmäßiger Gegenstand der Untersuchung war, nur bescheinigt wurde. Es mußte vielmehr Alles dies, namentlich daß die Sachen im Besitz des Erblassers gewesen waren, vollkommen bewiesen werden[6]. Die Raschheit ruht auf dem ganzen System der **b. p.**, und auf dessen, nur Bescheinigungen fordernder Handhabung. Wir haben nicht den geringsten Grund anzunehmen, daß die Bescheinigungen in der späteren Zeit nicht mehr die Grundlage des Interdicts gebildet hätten, die Aenderung, welche damit vor sich gehen mußte, war nur, daß die Untersuchung der Wahrscheinlichkeit früher bei der Agnition, jetzt dagegen im Interdictsverfahren statt fand. Das Princip der Bescheinigungen aber mußte immer dasselbe bleiben. Man sieht aus der eben angeführten Stelle doch offenbar, daß, da die Appellation darin verboten wird, von einer definitiven Feststellung des klägerischen Erbrechts durch das Interdict nicht die Rede sein kann[6a]. Da doch aber jetzt die **b. p.** gar nicht mehr der Art war, daß die Behauptung des Beklagten, er sei Erbe, ganz aus dem Interdictsproceß ausgewiesen werden konnte, so bleibt gar kein anderer Ausweg, als daß die Fragen über das Erbrecht, die man nicht mehr verbannen durfte, und doch auch nicht definitiv feststellen wollte, — daß man sie nach der Wahrscheinlichkeit beurtheilte, welche nöthig ist, um unter zwei Erbprätendenten

5a) l. 22 Th. C. quor. appell. Bd. I. S. 385.

6) Bd. I. S. 386.

6a) So passen denn auch auf das Int. quor. bon. die Worte des Isidorus Or. V. 25. **Interdictum est, quia a judice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur: salva propositione actionis ejus.**

Digitized by

dem Einen den vorläufigen interimistischen Besitz der **corpora hereditaria** zusprechen zu können.

Hiernach können wir sagen, daß der Interdictsproceß der späteren Kaiserzeit in Bezug auf die äußere Erscheinung der Gestalt des **Int. quor. bon.** unter den klassischen Juristen geradezu entgegensteht. Jetzt geht die Untersuchung des Richters auf Wahrscheinlichkeit, welche nach Bescheinigungen [6b]) beurtheilt wird, während das früher gerade nicht der Fall war. Aber dennoch müssen wir ebendeßhalb auch sagen, daß das Interdict seinem inneren Wesen, und dem practischen Zwecke, wozu es von jeher diente, durchaus treu geblieben ist, daß es, um sich eben innerlich gleich zu bleiben, seine äußere Gestalt zugleich mit der Umgestaltung der ganzen **b. p.** verändern mußte.

Hiemit ist denn auch die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage gewonnen. Der mit dem Interdict Klagende muß nicht bloß beweisen, daß er die Prätorische Erbantretung zur rechten Zeit vorgenommen habe, er muß dem **pro herede possessor** gegenüber wahrscheinlich machen, daß er besseres Erbrecht habe. Es kann schon in den Verhältnissen liegen, daß dies gar nicht wahrscheinlich zu machen ist, und dann vermag auch natürlich der Kläger mit dem Interdict nichts auszurichten. Wenn er z. B. zugesteht, daß er aus einer späteren Klasse gerufen sei, als die ist, welche sein Gegner in Anspruch nimmt, so kann er kein Interdict anstellen, er muß die **her. pet.** geltend machen, und zeigen, daß der Gegner aus besonderen Gründen gar kein Recht habe. So setzt denn auch Diocletian in der schon öfters erwähnten **l. 5 C. Comm. de success.** als sich von selbst verstehend voraus, daß der in späterer Klasse stehende **b. possessor** gegen die Agnaten nicht das **Int. quor. bon.**, sondern die **successionis vindicatio** anstellt.

Ebenso ist es auch, wenn der Kläger an und für sich sein Erbrecht vorerst genügend bescheinigt, der ihm gegenüberstehende

---

6b) Man möge übrigens diese Bescheinigungen (welche nichts Anderes bedeuten, als Nachweisung der Wahrscheinlichkeit) nicht mit den semiplenae probationes verwechseln, von denen in unserer Literatur so viel die Rede gewesen ist. Im fünften Buch (§. 193. Nro. 7 c.) werde ich davon sprechen.

heres aber ſogleich beweiſt oder auch nur ebenſo kräftig, wie der Kläger gethan hatte, beſcheinigte, er habe beſſeres Erbrecht. Damit iſt natürlich die aus der Beſcheinigung des Klägers anfänglich hervorgegangene Wahrſcheinlichkeit vernichtet, und es bleibt dieſem nur die **her. pet.** übrig. Vermag aber der Gegner die Beſcheinigung des Klägers nicht zu elidiren, ſo erhält Letzterer den Beſitz, und Erſterer muß die **her. pet.** anſtellen.

Das Reſultat iſt hiernach folgendes: Indem man das Interdict neben der **her. pet.** beſtehen läßt, erkennt man an, daß es zwei Arten von Erbſchaftsproceſſen giebt, der eine auf Wahrheit, der andere auf Wahrſcheinlichkeit ausgehend, jener petitoriſch, dieſer nothwendig nur poſſeſſoriſch. Wer mit der **her. pet.** auftritt, verliert natürlich gegen den wahren **heres**, ſiegt nur gegen den wahren **pro herede possessor**, und die Beweislaſt liegt hier dem Kläger ob, dem der Bekl. directen Gegenbeweis gegenüber ſtellen kann.

Wenn dagegen Jemand mit dem **Int.** auftritt, ſo hat das nur Bedeutung, wenn über das wahre Erbrecht Anderer noch nichts feſtſteht. Es liegt ihm außer dem Nachweiſe der Agnition nur der Beweis der Wahrſcheinlichkeit ſeines Erbrechts (**successio ex jure civili** oder **praetorio**) ob. Alsdann gilt er einſtweilen als präſumtiver **heres**, aber der Beklagte kann natürlich auch hier directen Gegenbeweis liefern, d. h. nicht bloß durch den Beweis der Wahrheit, ſondern auch nur der Wahrſcheinlichkeit ſeines eigenen Erbrechts die vom Kläger begründete Präſumtion zu nichte machen. Geſchieht dies, ſo gilt nun umgekehrt der beſitzende Bekl. als der präſumtive Erbe; und die auf der einen oder anderen Seite begründete Präſumtion kann immer nur durch **her. pet.** des Gegners, alſo durch Nachweiſung der Wahrheit umgeworfen werden.

Hereditatis petitio und **Interdictum quor. bon.** gehen jetzt alſo ganz gleichartig geſtaltet nebeneinander her, und ſind wenn auch beide vom Erbrecht handelnd, dennoch genau von einander getrennte Proceſſe. Die **her. pet.** ſtellt der **heres** an, nicht gegen den **heres**, ſondern den **pro herede possessor**. Ebenſo heißt es vom **Interdictum**, es werde vom

Digitized by Google

Erben angestellt [7]), es gehe nicht gegen den **heres**, wohl aber gegen den **qui putat se heredem esse.** Aber hier beim Interdict liegt den Ausdrücken ein anderer Sinn zum Grunde. Der Kläger heißt Erbe, weil er die einstweilige Wahrscheinlichkeit für sich hat, wobei es freilich immer möglich ist, daß ihm in Wahrheit das Erbrecht nicht zusteht. Wollten wir dies nicht zugeben, so müßten wir ja läugnen, daß der besiegte Beklagte, der auch nicht einmal appelliren darf, dann hinterdrein mit der **her. pet.** obsiegen könne. Ebenso müssen wir denn aber auch nothwendig annehmen, daß in dem oben bewiesenen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den **heres**, unter **heres** wiederum der (nach den im Interdictenproceß gelieferten Bescheinigungen) wahrscheinliche Erbe zu verstehen sei. Daher kann der besiegte Kläger noch immer die **her. pet.** anstellen [8]).

Der Gegensatz der späteren Kaiserzeit gegen die frühere Gestalt des Interdicts ist hiernach einleuchtend. Früher ist es das Rechtsmittel des vom Prätor constituirten Repräsentanten (mag es eine **b. p. sine** oder **cum re** sein) gegen alle Besitzer, und darunter gehört auch bei der **b. p. sine re** der besser Berechtigte, dessen Civilerbrecht vollkommen klar und erwiesen ist, welcher aber **b. p.** nicht agnoscirt hatte.

Jetzt ist es das Rechtsmittel des wahrscheinlichen Erben, (mag er civiles oder bloß Prätorisches Erbrecht haben), der, sobald er nur **b. p.** agnoscirt hat, gegen alle nach dem Ergebniß der vorläufigen Untersuchung schlechter Berechtigten den Sieg davon trägt. Es ist klar, daß, seitdem die **b. p. inter**

---

7) Diese Auffassung ersieht man sehr deutlich aus l. 2 u. 3 C. quor. bon. In der ersteren heißt es: **si quaesisti successionem** d. h. wenn Du das definitive Erbrecht erlangt hast. In der anderen mit gleichem Sinn: **quum lex ipsa naturae successores eos faciat.** — Und ebenso der Anfang dieser Stelle im Theodos. Codex (l. un. Th. C. quor. bon.) — **Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae etc.** In beiden Stellen werden Kläger vorausgesetzt, deren Gegner nicht eine frühere Erbklasse in Anspruch nehmen, weßhalb eben die Wahrscheinlichkeit für den Kläger ist.

8) fr. 14 §. 3 de re jud. — **Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur.** s. auch Note 6a.

alienas vices agnoscirt werden konnte, Beide, Kläger und Beklagter, als **bonorum possessores** denkbar ſind, zwiſchen denen die ſehr einfache Unterſuchung entſchied, wer in einer früheren Klaſſe die **b. p.** agnoscirt hatte. —

Wir können das Geſagte auch folgendermaßen ausdrücken: wer ſein Erbrecht (ſei es eine **successio ex jure civili** oder **praetorio**) glaublich beſcheinigen kann, und nur die Prätoriſche Erbantretungsfriſt beobachtet, der bekommt einſtweilen den Beſitz, wälzt damit die Beweislaſt des eigentlichen Vorhandenſeins ſeines Erbrechtes von ſich ab, und zwingt den Gegner, der auch Erbe zu ſein behauptet, die **her. pet.** anzuſtellen, alſo darzuthun **hereditatem magis ad se, quam ad eum qui possidet, pertinere** [9]).

4) Die im Anfange unſeres §. angeführte Stelle deutet zuletzt noch an, daß das Interdict ein reſtitutoriſches iſt (**fr. 1 §. 1 quor. bon.**), und offenbar meint der Kaiſer damit, daß es das **restituere** der **possessio** betrifft. In dieſem Punkte alſo hat es ſich nicht verändert, wie auch ſchon aus der eben unter Nr. 3. gegebenen Darſtellung ſich mit Nothwendigkeit ergiebt. Es wird lediglich **de possessione** entſchieden, und ein **praejudicium** für die **her. pet.** kann darin nie liegen.

Stellen wir alſo nochmals die gewonnenen Reſultate zuſammen, ſo können wir allerdings ſagen, daß unſer Rechtsmittel eine höchſt weſentliche Umgeſtaltung erhalten hat, indem die Wahrſcheinlichkeitsbeweiſe mit in den Interdictenproceß gezogen ſind (Nr. 1) [10]) und es überhaupt

9) Ein beſonderer Beweis für die Richtigkeit der hier gegebenen Argumentation liegt noch darin, daß, wie im vorigen Kapitel ausgeführt iſt, die **missio ex edicto Hadriani** daſſelbe practiſche Reſultat gewährte, als das **Int. quor. bon.**, weßhalb denn bei der teſtamentariſchen Succeſſion Letzteres ſchon ganz abgeſchafft worden war. Daß nun aber von der **missio** daſſelbe geſagt werden muß, was wir im Text dem Interdict zugeſchrieben haben, wird Niemand läugnen, und ſo kann es denn auch für das Interdict nicht in Zweifel gezogen werden.

10) Dieſen Satz ſpricht auch ſchon Mayer Erbrecht I. S. 414 ganz richtig aus, ohne daß ich aber den Weg billigen könnte, auf dem

Digitized by

zu einem rein vorläufigen Verfahren vor dem stets noch denkbaren petitorischen Erbschaftsproceß geworden ist (Nr. 3); wogegen die früheren Sätze, daß es nur die **corpora hereditaria** betreffe, (Nr. 2) und lediglich **de possessione** entschieden werde, (Nr. 4) unverändert bestehen blieben.

§. 145. Nachdem ich hiemit die neuere Gestalt des **Interdictum quor. bon.** aus den Quellen und den Folgerungen, welche unsere früheren Untersuchungen mit sich bringen, nachgewiesen zu haben glaube, muß ich auf die in neuerer Zeit in dieser Lehre herrschenden Streitigkeiten, und auf die Gründe, mit denen bisher der Streit geführt worden ist, einen prüfenden Blick werfen. Die beiden Ansichten, welche sich heutzutage einander gegenüberstehen, sind schon im ersten Bande S. 306 im Allgemeinen charakterisirt worden, und aus der bisherigen Darstellung, deren selbständigen Gang ich nicht durch die Rücksicht auf entgegenstehende Ansichten unterbrechen wollte, ist leicht zu ersehen, daß ich weder auf die eine noch auf die andere Seite der streitenden Parteien mich unbedingt stellen

er zu demselben gelangt. Seitdem die b. p. ein jus successionis (und zwar schon unter Labeos Zeit) geworden sei (?), bestände auch die **her. pet. poss.** (?), und es sei gegen die Römische Oeconomie, daneben noch ein anderes Rechtsmittel für denselben Zweck zu besitzen. Die Quellen deuteten uns vielmehr auf die possessorische Natur des Interdicts hin, und namentlich gehe dies aus der Summarietät desselben hervor (?). Früher hätte der Prätor selbst die Zulässigkeit vor der datio b. **possessionis** beurtheilt, denn die Quellen bezeugten es, daß die b. p. häufig in Folge einer **causae cognitio** gegeben werde, was von der **decretalis** wohl zu scheiden sei. fr. 1 §. 2 **quis ordo.** (Dies ist der einzige Satz, den ich für richtig halten kann). Wenn dagegen das Recht zur b. p. von Seiten eines Dritten in Zweifel gezogen worden, so habe der Magistrat gar keine definitiv (?) wirksame b. p. ertheilt, oder die ertheilte b. p. nicht wirksam sein lassen bis in einem besonderen Streite (?) das Recht zur b. p. festgestellt worden sei. Später aber sei durch Constantin (l. 9 C. **qui admitti**) die alte datio, und damit also auch erst die ihr vorhergehende **causae cognitio** aufgehoben (?), und da hiedurch die Bescheinigungen vor der Agnition hinweggefallen seien, so wären sie also durch dies Constantinische Gesetz nothwendig in den nachfolgenden Interdictsproceß versetzt worden. — Meine Gründe gegen diese ganze Argumentation brauche ich hier nicht zu wiederholen.

Digitized by Google

kann. Der Streitpunkte sind hauptsächlich drei [1]): Ist das Interdict summarischer Natur?, fordert es nur Bescheinigungen?, und ist es ein Rechtsmittel von provisorischer Wirkung für die **her. petitio**? Nach der einen Ansicht, deren Hauptrepräsentant Savigny ist [2]), sind alle diese drei Fragen zu verneinen, nach der anderen, die in neuerer Zeit zuerst wieder von Thibaut vertheidigt ist, sind sie zu bejahen. Wir wollen die erste Frage, die von untergeordneterer Wichtigkeit ist, dem folgenden §. aufbewahren, und uns zuerst auf die letzteren beiden einlassen.

Hier scheint mir nun, daß man in doppelter Hinsicht nicht den richtigen Standpunkt eingenommen hat, von dem aus sich eine Einigung in der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen hoffen läßt. Eine genauere Untersuchung des Rechtes der **b. p.** in der späteren Kaiserzeit ist bisher nicht unternommen worden. Wenn nun aber die Beweisführungen der ersten drei Kapitel dieses Buches richtig sind, wenn es wahr ist, daß nach der klassischen Juristenzeit ein ganz anderer Begriff der **b. p.** an die Stelle des früheren getreten ist, so leuchtet es ein, daß auch für dies eine Rechtsmittel der **b. p.**, das durch den Begriff des ganzen Justituts nothwendig bedingt sein muß, von vorn herein die beiden Hauptperioden genau getrennt werden müssen, und eine wesentlich verschiedene Beantwortung für die eine und die andere statt finden kann. Dazu kommt noch ein zweiter Umstand. Das **Int. quor. bon.** ist von der anderen Seite ein Theil der weitgreifenden Interdictenlehre. Durch diese ziehen sich gemeinsame Grundprincipien hindurch, die, so lange der **ordo judiciorum** bestand, der ganzen Lehre ihre eigenthümliche Gestalt gegeben haben. Der einzelne Theil aber ist nur erklärbar, wenn man auch die übrigen Theile desselben

---

1) Savigny Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. VI. S. 239.

2) Ich unterlasse es, hier noch eine eigene Polemik gegen Savignys Ansicht zu liefern, daß das Interdict in späterer Zeit nur wegen processualischer Unterschiede sich von der her. pet. trennen lasse, und dann von Justinian nur aus Mißverstand, oder weil man alte Namen nicht gern untergehen lassen wollte, beibehalten sei. Es kommt darauf an, ob die von mir im Bisherigen vorgebrachten Gründe Gewicht haben, und darüber steht das Urtheil nicht mir zu.

Digitized by

Ganzen wohl ins Auge faßt. Für die Zeit der klassischen Juristen muß also, um dem **Int. quor. bon.** seine rechte Stellung anzuweisen, nothwendig die ganze Interdictenlehre untersucht werden [3]). Ganz anders aber ist es für die spätere Kaiserzeit. Es läßt sich allerdings noch eine gewisse innere Gemeinsamkeit der Interdicte festhalten, und diese ist auch sogar noch für das heutige Recht nicht unwichtig, aber das sind Ueberreste aus der früheren Zeit. Neue Umgestaltungen, welche lediglich die Interdictenlehre, diese jedoch in allen ihren Theilen betroffen hätten, finden sich in der Kaiserzeit nicht, und so kann hier also auch ein Schluß von dem einen Interdict auf das andere nicht statt finden .Deßhalb scheinen mir Beweisführungen unstatthaft, wie sie Thibaut [3a]) vorgebracht hat, indem er aus der Summarietät einzelner Interdicte in der Kaiserzeit den Schluß zieht, es müsse auch das **Int. quor. bon.** ein summarisches, und also provisorisches, nur Bescheinigungen erforderndes sein. Wenn sich ein einzelnes Interdict in der *späteren Zeit innerlich* umgestaltet haben soll, so können wir die Gründe davon *lediglich* in der besonderen Lehre suchen, zu der es gehört, und so haben wir auch gerade für das **Interd. quorum bon.** auf diesem Wege ein Resultat erlangt, das ich nach den früher dafür vorgebrachten Gründen freilich nicht für bewiesen halten kann.

Während nämlich in der klassischen Zeit im Interdictenproceß keine Bescheinigungen vorkommen, und es auch kein vorläufiges Verfahren vor der **her. pet.** genannt werden kann, obgleich nur **de possessione** entschieden wird [4]), so darf man

---

3) Man hat mir Weitschweifigkeit vorgeworfen, die Niemand billigen würde, daß ich, um die Grundlagen des Int. quor. bon. zu erörtern, fast das ganze Prätorische Interdictensystem in meinem ersten Bande behandelt hätte (Gersdorf Repertor. 1845. Heft 16), — aber ich muß dagegen fragen, wie ich denn sonst zu den Resultaten hätte gelangen sollen, die ich doch nun einmal zur Beurtheilung des Interdicts für wichtig hielt? Es handelt sich ja hier nicht vom Compendienschreiben, sondern von wo möglich erschöpfender monographischer Untersuchung. Und manche in Monographien darzustellende Lehren lassen ihrer inneren Gestalt nach eine größere Abgeschlossenheit in sich selbst zu, als dies nun einmal bei der b. p. möglich ist.

3a) Archiv f. civ. Pr. Bd. X. S. 465.

4) Wenn man es ein vorläufiges Verfahren nennen wollte, so müßte

Digitized by Google

es allerdings jetzt ein rein provisorisches Verfahren nennen, das auf Grundlage von Bescheinigungen geführt wurde. Aber man kann dies nicht aus der Summarietät des Interdicts ableiten. Es ist zufällig, daß sich allerdings einige das Verfahren bei Interdicten und anderen Klagen abkürzende Bestimmungen vorfinden; die wichtigste Anordnung, daß gegen das Urtheil nicht appellirt werden darf, ist eine ganz singuläre Bestimmung für unser Interdict, und nicht aus der bisherigen Summarietät, sondern aus der inneren schon immer vorhandenen Construction dieses Rechtsmittels abgeleitet, welche von jeher eine rasche Besitzeserlangung bezweckte (**quod beneficio celeritatis inventum est**). Daß das Interdict nur Bescheinigungen fordert und nur als ein provisorisches Verfahren erscheint, ist nicht die Folge seiner äußeren processualischen Gestalt, sondern umgekehrt, weil das Interdict durch die Umgestaltung der b. p. jenen Charakter erhielt, so hat das auch noch einzelne andere Bestimmungen rücksichtlich eines raschen Proceßverfahrens hervorgerufen. Also die Summarietät [5]) ist erst die Folge und nicht die Ursache der Rechtsänderung, und es ist eine durchaus nicht nothwendige Folge, die auch gar nicht in der ganzen Zeit, wo das Interdict die neue Gestalt angenommen hatte, bestand. Wir können deßhalb auch nicht mit Savigny sagen, daß, wenn das Interdict sich nicht als ein summarisches Rechtsmittel herausstelle, dann um so ge-

---

doch der, welcher es anstellen kann, entweder gleich oder hinterdrein, im Fall er mit jenem zurückgewiesen wird, auch das Hauptverfahren einleiten dürfen, was aber in den wenigsten Fällen eintreten konnte, da der b. possessor, wenn er nicht Civilerbe war, keine her. pet. hatte. Und umgekehrt müßte doch stets von Seiten des besiegten Bekl. das Hauptverfahren angestellt werden können, was aber im Fall der b. p. cum re wieder nicht denkbar war. In den Fällen der b. p. sine re und wenn der b. p. zugleich heres war, konnte allerdings eine her. pet. nachfolgen, der dann das Interdict, als de possessione handelnd, durchaus nicht präjudicirte.

5) Falls wir summarisch nicht jedes Verfahren nennen wollen, was auf Bescheinigungen ruht, und nur provisorisch die Wahrscheinlichkeit feststellt. Eine willkührliche Terminologie, die leicht Verwirrungen hervorbringen kann, und mit Recht schon von Savigny Zeitschrift VI. S. 640 Note 1 getadelt ist.

Digitized by

wisser auch die anderen beiden Sätze, über die Bescheinigungen und die provisorische Natur, verworfen werden müßten.

Ebenso wie ich also die Beweisführung Thibauts aus der Summarietät ablehnen muß, so kann ich mich auch nicht zu der von ihm gegebenen Rechtfertigung bekennen, nach welcher das Interdict ein aus inneren Gründen zweckmäßiges Institut sein soll [6]). Er versucht eine „durch menschliche Philosophie begründete **captatio benevolentiae**“, indem es bei Erbschaftsangelegenheiten eine natürliche Ungeduld und Unruhe gebe, welcher eine menschliche Gesetzgebung nicht widerstehen könne. Das vererbte Gut habe nun einmal seine eigene Erfreulichkeit, und es sei also sehr wünschenswerth, daß in Folge rascher Bescheinigung der, welcher Ansprüche macht, rasch in den Besitz wenigstens der **corpora hereditaria** gesetzt werde. — In dieser Weise, wie Savigny mit Recht bemerkt, ließe es sich überhaupt rechtfertigen, daß jeder Rechtsstreit mit einer vorläufigen Entscheidung auf bloße Wahrscheinlichkeit eröffnet werde, denn es hat ebenso sehr seine „eigene Erfreulichkeit“, daß man seine

---

6) Thibaut führt noch einen dritten Grund an, nämlich die nachjustinianische Praxis. Die genauere Untersuchung dieses Punktes gehört in unser fünftes Buch. — Die übrigen Gründe, welche von anderen Schriftstellern für die Bescheinigungen und die provisorische Natur des Interdicts angeführt sind, beziehen sich nicht auf die spätere Kaiserzeit, und ich verweise deßhalb auf den ersten Band. — Nur muß ich noch einer Ansicht v. Löhrs erwähnen, die auch gerade mit Rücksicht auf die spätere Zeit und das heutige Recht ausgesprochen wird. Indem er im Allgemeinen die Ansicht theilt, daß das Interdict ein possessorisches nach Zweck und Beweis von der **her. pet.** verschiedenes Rechtsmittel sei, sagt er aber doch, (Archiv f. civ. Pr. **XII.** S. 109.), daß der Beklagte durch Behauptung besserer Erbrechte wohl die Wirksamkeit der **petitio**, nicht aber die des Interdicts zu hemmen im Stande sei, und ebenso S. 115: die Erreichung des Zwecks des Interdicts könne dadurch nicht aufgeschoben werden, daß der Bekl. behauptet, er sei in der Lage, dem **b. possessor** die Erbschaft zu evinciren.

Außerdem sagt er ausdrücklich, daß das Interdict im heutigen Recht noch gerade so vorkomme, wie im alten; und fordert als Beweis der Klage nichts als die Nachweisung der gültig erworbenen **b. p.**

Es leuchtet nach meiner obigen Beweisführung ein, daß ich keinen dieser Sätze für richtig halten kann.

Digitized by Google

unsicher stehenden Kapitalien, oder sein unrechtlich von Anderen besessenes Gut recht bald wieder zurückbekomme.

Es giebt aber allerdings Gründe für die Zweckmäßigkeit eines possessorischen Erbschaftsprocesses, theils allgemeingültige, die auch für unsere Zeiten passen, theils historische, welche es erklärlich machen, daß die Römer mit dem Untergange des alten Begriffs der **b. p.** und der **fictitiae actiones** keineswegs auch das Interdict für antiquirt halten konnten.

Zu den ersteren, den gemeingültigen Gründen, ist freilich das subjective Interesse des Erbprätendenten nicht zu zählen. Es wird das gar nicht immer vorliegen, der Eine wird vielleicht ungeduldig sein, während ein Anderer, der vorherweiß, was ihm in der Erbschaft zufallen wird, sehr wenig und überhaupt nicht mehr Interesse haben wird, gleich in den Besitz zu kommen, als bei jedem anderen Processe. Es ist hier also gar kein feststehendes practisches Bedürfniß, und es würde, wenn es bestände, jedenfalls kein Grund sein, das Interdict nicht auch ebenso den Vermächtnißnehmern zuzugestehen, woran doch Niemand denkt. Dagegen kommen hier ganz andere Interessen in Betracht.

Wenn zwischen zwei Parteien Streit über die Erbschaft ist, so ist es allerdings von Wichtigkeit, daß der Eine von Beiden rasch zum Besitzer gerichtlich constituirt werde, weil Erbschaftsstreite vielfach verwickelterer Art sind, die deßhalb auch längere Zeit dauern werden, und weil die Erbschaft stets ein Compler von verschiedenartigen Vermögensgegenständen ist, die, damit sie vor Schaden bewahrt werden, eines Verwalters und gleich von Anfang an einer umsichtigen Ueberwachung bedürfen. Schon diese Gründe treffen bei Eigenthums- oder obligatorischen Processen im Durchschnitt keineswegs in gleichem Maaße ein. Aber es kommt noch ein anderer Grund hinzu, wodurch sich der Erbfall von allen anderen Processen genau unterscheidet. Durch den Tod des Erblassers entsteht ein besitzloser Zustand, und nun tritt eigenmächtige Besitzergreifung von Seiten derer, die Erbansprüche machen, ein. Bei allen anderen Processen aber kommt ein derartiger besitzloser Zustand über den streitigen Gegenstand gar nicht vor. Es hat hier immer schon der Eine denselben fest in Händen, und so ist es denn auch na-

Digitized by

türlich, daß, mag er ihn erhalten haben wie er wolle, es einst weilen so bleibe, bis der Gegner sein Recht erweist. Bei der Erbschaft, deren eigenmächtige Besitzergreifung füglich nicht verboten werden kann, ist es aber doch gut, daß Rechtsregeln bestehen, wodurch dies unter die richterliche Aufsicht gestellt werde. Nicht bloß, damit, was am seltensten vorkommen wird, die Gegner, welche beide Besitz ergreifen wollen, von wirklichen Thätlichkeiten zurückgehalten werden, sondern damit überhaupt der Besitzende einer gewissen Oberaufsicht unterworfen, und zu einer pflichtmäßigen Verwaltung des Vermögens bis zum Endurtheil verbindlich gemacht werde. Allerdings könnte der Richter diese Verpflichtung **ex officio** gleich dem auflegen, welchem es gerade gelungen ist, factisch zuerst Besitz zu ergreifen, aber es ist doch zu natürlich, daß das nicht geschehen *soll*, weil darin eben wieder ein Sporn für die streitenden Personen liegen würde, einander in der Besitzergreifung, *und sei es auch* mit Gewaltsamkeit, zuvorzukommen. Man *kommt also* ganz von selbst zu dem Resultat, daß der bis zum definitiven Endurtheil als Besitzer constituirt wird, welcher einstweilen die meiste Wahrscheinlichkeit des Sieges für sich hat, daß er also, wenn der Gegner factisch besitzt, ein Rechtsmittel auf rasche Besitzeserlangung haben muß. Siegt er dann, so ist es freilich ein ihm sehr zu gönnender Vortheil gewesen, daß er auch schon vorher zum Besitz gelangte; wird er besiegt, so ist es im wahren Interesse des Siegers gewesen, daß der Besitzer nicht privatim, sondern unter richterlicher Autorität zum Besitze gelangt war, und so durch Cautionen zu einer sorgsamen Verwaltung der Erbschaft verpflichtet werden konnte [7]).

Hieneben kommen nun aber noch ganz andere Rücksichten in Betracht, die wo möglich noch bedeutender sind. Bei einem Erbschaftsproceß sind stets Gläubiger, vielfach auch Vermächtnißnehmer interessirt. Justinian entscheidet in **l. 12. C. de her. pet.**, nach welchen Regeln dieselben schon während des

7) Es wird gewiß Jeder sehr passend finden, daß es ein Rechtsinstitut giebt, wonach z. B. im Städelschen Erbfall die Administratoren im **Possessorium** siegten, mit der Beschränkung: **ut lite pendente nihil innovetur.** S. Mühlenbruch Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. S. 46.

Digitized by Google

Streites befriedigt werden können, worüber, wie er bemerkt, bisher mancherlei Zweifel geherrscht hätten. Er spricht von dem **possessor hereditatis**, aber es ist doch einleuchtend, daß in Bezug auf Befriedigung dieser Ansprüche derjenige der passendste **possessor** ist, von dem jetzt schon die Wahrscheinlichkeit vorliegt, er werde im Processe siegen. Natürlich aber muß er die **corpora hereditaria** hiezu unter Händen haben, er muß sie also von seinem Gegner, oder wenn sie noch unter andere Besitzer zerstreut sind, auch von diesen schon jetzt herausfordern können. —

Dürfen wir also hiernach sagen, daß man ein Fortbestehen des **Int. quor. bon.** schon nach Gründen, die heutzutage ebenso vorliegen, in der späteren Kaiserzeit nicht bezweifeln konnte, so treten dazu noch andere, nur für das Römische Rechtsleben geltende, historische Umstände. Die ganze **b. p.** war vorherrschend aus dem Interesse der Creditoren und der übrigen Interessirten hervorgegangen, und wenn auch der Prätor mit seinem Institute noch andere Zwecke erreichte, so behielt er doch jenen Punkt stets im Auge, und ließ sogar, um ihn ganz genügend zu reguliren, wieder aus der **b. p.** das **spatium deliberandi** hervorgehen. Daher kommt, daß er die Leitung des Instituts auch für jeden einzelnen Erbfall stets in seiner Hand behielt, und nicht die Beurtheilung, wer der wahrscheinliche Erbberechtigte sei, den **judices** in den einzelnen hinterdrein folgenden Processen überließ. So hat also die **b. p.** unter der Hand des Prätors, stets, wie ich vorher schon bemerkte, vorherrschend ihr possessorisches Element beibehalten. Als nun die Thätigkeit des Prätors wegfällt, als daher die **b. p.** einen rein petitorischen Charakter bekommt, d. h. ein Complex von Rechtsregeln wird, nach denen sich in Verein mit denen des Civilrechts die definitive Erbberechtigung der Einzelnen entscheidet, — sollte jetzt das Römische Rechtsleben, das sich Jahrhunderte lang an jenes possessorische Element gewöhnt hatte, auf einmal dieses Bedürfnisses sich haben entschlagen können? Wir sehen ja das Gegentheil schon dadurch bewiesen, daß sich neben dem **Int. quor. bon.** in einem beschränkten Kreise sogar noch ein neues ähnliches Rechtsmittel, die **missio ex edicto Hadriani**, festsetzen konnte, welches nun,

Digitized by Google

weil es zu den damaligen Verhältnissen noch mehr paßte, in diesem Gebiete das Interdict allmählich verdrängte, aber jedenfalls liegt doch darin, daß ein possessorisches Rechtsmittel bei Erbschaftsangelegenheiten den Römern ein Bedürfniß war, und daß also sehr erklärlicher Weise die Kaisergesetzgebung sich aus gutem Grunde noch immer mit dem Interdicte beschäftigte.

Weil die **b. p.** durchaus den Charakter des definitiven Erbrechts bekommen hatte, und die **b. p. sine re** verschwunden war, mußte freilich das Interdict eine wesentlich andere Gestalt erhalten; aber fortbestehen mußte es, damit der alte Zweck, den die **b. p.** früher ausfüllte, auch fernerhin noch befriedigt werde. Das Interdict ist in seiner neueren Gestalt an die Stelle der alten **b. p. sine re** getreten. —

Ziehen wir nunmehr den Schluß aus dem Gesagten, so können wir uns auch so ausdrücken: die **b. p.** der späteren Kaiserzeit enthält zwei Elemente, ein petitorisches und ein possessorisches: beide bestehen selbständig neben einander. Jenes ist der Complex der Rechtsregeln, wonach sich in Verein mit denen des Civilrechts, die definitive Erbberechtigung richtet (**successio ex jure civili et honorario**). In Beziehung hierauf ist völlige Gleichheit der Erbbefugnisse des **heres** und **bonorum possessor** vorhanden, außer daß noch rücksichtlich der Antretung dieses definitiven Erbrechts sich zwischen Beiden einige Verschiedenheit findet.

Daneben aber besteht noch ein allgemeines possessorisches Rechtsmittel, welches jeder Civilerbe nicht durch **hered. aditio**, sondern nur durch besondere Agnition erwirbt, während es dem Prätorischen Erben zugleich mit seiner definitiven Erbantretung zusteht. Hiedurch wird, ehe das Recht der **ex jure civili** oder **praetorio** die **successio** Verlangenden definitiv entschieden ist, bereits provisorisch der Besitz der **corpora hereditaria** festgestellt. Indeß hat dies Interdict der ebenfalls provisorischen **missio** einen Theil seines Gebietes abtreten müssen.

§. 146. Es bleibt uns noch die Frage, ob das Interdict ein summarisches genannt werden könne? Was wir für die frühere Zeit in dieser Hinsicht zu sagen haben, ist schon Bd. I. S. 359. angegeben. In Bezug auf die spätere Kaiserzeit kann

Digitized by Google

man allerdings eine gewisse Summarietät der Interdicte zugestehen, wenn man nur sich vor drei Fehlern hütet; daß man nämlich die Punkte, auf die man die Summarietät stützt, nicht für etwas lediglich den Interdicten Eigenes hält [1]), ferner, daß man andere Punkte, welche die besonders summarische Behandlung einzelner Interdicte allerdings zeigen, nicht als sich von selbst verstehend auch auf andere Interdicte ausdehnt [2]), und endlich daß, wenn man nun die Interdicte überhaupt summarisch nennt, man damit nicht unseren heutigen summarischen Proceß verwechselt, der doch noch auf ganz anderen Grundlagen ruht.

Ich brauche mich aber auf Alles dies nicht weiter einzulassen, und verweise den Leser auf Hollwegs gediegene Darstellung [3]), dem auch darin völlig beizustimmen ist, daß für die Interdicte eine allgemein provisorische Natur durchaus nicht angenommen werden kann. Auch ist gerade rücksichtlich unseres Interdictes an und für sich aus seiner Summarietät, wie Hollweg ganz mit Recht (S. 395. Not. 30.) annimmt, für seine provisorische Natur keine Folgerung abzuleiten [4]). Es ließe sich vollkommen denken, daß es trotz seiner Summarietät, trotz der Ausschließung der Appellation, dieselbe Gestalt behalten hätte, welche es zur Zeit der klassischen Juristen hatte, falls nämlich nicht die ganze **b. p.** umgestaltet worden wäre. Seitdem es aber durch die innere Umwälzung der **b. p.** ein provisorisches Rechtsmittel geworden war, und nicht mehr gegen den **heres** ging, erscheint es freilich sehr natürlich, daß dies gerade der Grund wurde, es auch in der Form noch summarischer zu machen, und also namentlich die Appellation zu verbieten, worauf man ohne das wohl ebensowenig gekommen wäre, als man z. B. beim **Int. quod legatorum** jemals daran gedacht hat.

Diese Ausschließung der Appellation, die sonst nur noch beim

---

1) Wie namentlich die Ausschließung der litis denunciatio.

2) Wie z. B. die Ausschließung der Appellation und Anderes.

3) Handbuch d. Civilpr. I. S. 392.

4) Ob ein Interdict diese Stellung zu einer petitorischen Klage einnimmt, ist stets in jedem einzelnen Falle aus seiner inneren materiellen Natur abzuleiten. Und danach läßt sich dies bekanntlich auch noch für einige andere Interdicte, außer dem quor. bon., annehmen.

Digitized by Google

Int. unde vi vorkommt, scheint mir nun genau zusammenzuhängen mit der gleichen Verfügung, welche, mit geringem Unterschiede der Zeit, auch für die **missio ex edicto Hadriani** getroffen wurde.

Im Jahre 374 bestimmen sie nämlich Valentinian, Valens und Gratian für das Interdict,

> l. 22. Th. C. quor. appell. non recip. (XI. 36.) **In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur injuriis tarditatis.**

und schon im Jahre 379 wird dieselbe Bestimmung auch für die **missio** von Gratian, Valentinian und Theodosius wieder eingeschärft [4a]).

> l. 26 Th. C. eod. — **Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem, cujus de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et judicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat.**

Wir sehen also auch in diesem Punkte beide Rechtsmittel durchaus gleichen Schritt gehen. Und so liegt denn wohl die Annahme sehr nahe, daß in der damaligen Zeit beide Rechtsmittel ganz denselben practischen Effect haben. Beide gehen auf die **corpora hereditaria**, das eine verdrängt das andere ganz aus seinem Kreise, es würde also auch höchst gezwungen sein, wenn man annehmen wollte, es sei damals noch an den alten Unterschied, daß die **missiones** nur **custodia** gewähren, das Interdict aber wahre **possessio** verleiht, irgend gedacht worden [5]).

4a) S. fr. 7. pr. de appell. recipiend.

5) Nur den Unterschied muß man allerdings wohl annehmen, daß die **missio** auch ohne allen Gegner erbeten und ertheilt werden kann, während das Interdict einen Anderen, der schon factisch Besitz ergriffen hat, voraussetzt, denn von einer anderen Gestaltung desselben finden sich, abgesehen von der westgothischen Compilation, in

Digitized by Google

Deßhalb dürfen wir auch umgekehrt die Bedeutung der **missio** als eines provisorischen Rechtsmittels als einen äußeren Beweisgrund für das anführen, worauf uns beim **Int. quor. bon.** ebenfalls schon die innere Umgestaltung der **b. p.** geführt hat (s. §. 144. Not. 9.). Savigny, der die provisorische Bedeutung der **missio Hadriana** nicht in Zweifel zieht, bestreitet aber doch die daraus für das Interdict zu beziehenden Folgerungen. Ich behaupte natürlich nur, daß lediglich nach der späteren Gestalt des Interdicts eine Vergleichung beider Institute möglich sei [6]). Savigny giebt zu, daß auch bei der **missio** ein Gegner, also ein kurzes processualisches Verfahren vorkommen könne, indem doch mancherlei Einwendungen des Besitzers gegen den, der die **missio** erbittet, nothwendig beachtet werden müssen. Welche Einwendungen dahin gehören, habe ich hier nicht zu untersuchen. Ferner steht auch das fest, daß, wie Savigny selbst sagt, „in späterer Zeit die **missio** so gut wie die Entscheidung des Interdicts als eine von jedem Richter ausgehende Verfügung" erscheint. Nichts destoweniger aber sei das Bedürfniß provisorisch und auf bloße Wahrscheinlichkeit über testamentarisches Erbrecht zu erkennen, keineswegs, auch rein practisch betrachtet, für die übrigen Fälle vorhanden. Da der Richter bei einem Testament nur auf eine bestimmte, durch sinnliche Wahrnehmung leicht und sicher erkennbare Thatsache zu entscheiden hat, so sei damit die doppelte Gefahr der blinden regellosen Willkühr, und der Verschleppung der Sache beseitigt. Wo dagegen ein angeblicher Verwandter Intestaterbrecht in Anspruch nehme, und der Besitzer die Verwandtschaft be-

---

den Quellen keine Beweise. — Aber es läßt sich dafür auch ein innerer Grund anführen, daß nämlich ein fremder scriptus heres (ganz abgesehen von den besonderen Einwirkungen der Römischen Erbschaftssteuer) auch bei ganz unbesessenen Gütern lieber eine gerichtliche Einweisung wünschen wird, während Verwandte oder Ehegatten in Folge ihres nahen Verhältnisses zum Erblasser sich gar nicht bedenken werden, die Güter, auf die sie Erbrecht zu haben meinen, gleich factisch in Besitz zu nehmen. Hier findet sich also das practische Bedürfniß eines gerichtlichen Schutzes für die Besitzeserlangung nur, wenn ein Anderer schon im Besitze ist.

6) Ich beziehe mich also nicht auf das von Savigny Zeitschrift Bd. V. S. 10. Gesagte, sondern auf Bd. VI. S. 233. u. S. 264. Not. 1.

Digitized by Google

streite, da seien jene beiden Gefahren so stark, daß die Anwendung eines provisorischen Rechtsmittels sehr bedenklich werde.

In Bezug auf die letzte Gefahr, die Verschleppung der Sache, gebe ich freilich zu, daß wenn der Richter den Zweck des Instituts aus den Augen verliert, und aus einem Rechtsmittel, das nur in der Raschheit der Beendigung seinen wahren Nutzen trägt, ein lange dauerndes Verfahren macht, dann es eben sogut wäre, das Rechtsmittel bestände gar nicht. Und in dieser Weise ist unserer deutschen Praxis wohl gegründeter Vorwurf zu machen. Aber dies entscheidet doch nicht gegen die Nützlichkeit des Institutes selbst, welchem, damit sie wirklich ins Leben trete, auf andere Weise, nicht durch Aufhebung desselben, geholfen werden muß. Wenn also wirklich das Interdict auf zweckmäßigem Grunde ruht (und ich verweise in dieser Beziehung auf die Ausführungen des vorigen §.), so haben wir nur darüber zu wachen, daß es seine wahre Tendenz behalte, und durch rasche Entscheidung seinen Zweck erfülle.

Die andere Gefahr aber, welche Savigny hervorhebt, scheint mir eher umgekehrt gefaßt werden zu können. Bei den Fragen über Verwandtschaft, oder eheliches Verhältniß ist viel leichter eine ziemlich sichere Wahrscheinlichkeit zu constatiren, der Zustand, ob man Jemand bisher für ein Kind, für einen Vetter des Verstorbenen gehalten hat, ist im Allgemeinen rasch und mit Sicherheit festzustellen, so daß man hier dem Richter ohne Gefahr vor regelloser Willkühr, freies **arbitrium** lassen kann. Dagegen die Fragen, ob ein Testament gültig sei, gehen sogleich so sehr ins Specielle, es sind so vielerlei Bedenklichkeiten möglich, daß, um den Richter hier von Willkührlichkeiten abzuhalten, eine absolute Rechtsregel feststehen muß, aus welchen Gründen man das Testament für wahrscheinlich gültig oder ungültig zu halten habe. Deßhalb proponirte gerade schon der Prätor bei der **sec. tab. b. p.** feste Sätze, nach denen er die Wahrscheinlichkeit im allgemeinen präsumiren wollte, während bei den übrigen Klassen nicht in gleicher Weise bestimmte Regeln dem Edicte einverleibt wurden. Deßhalb wurde auch, offenbar sich ganz an das Prätorische Recht anlehnend, für die **missio** ein äußerlich fehlerfreies Testament verlangt, während beim Interdict, das, wie wir gesehen haben, vorzüglich

Digitized by Google

außerhalb der testamentarischen Succession in Gebrauch blieb, ebenso wie hier früher die freie Untersuchung des Prätors allein in Betracht kam, so auch in der späteren Zeit die Beurtheilung der Wahrscheinlichkeit dem richterlichen **arbitrium** überlassen blieb. —

Ueberhaupt aber ist die Zusammenstellung des Interdicts mit der **missio** nicht bloß vom rein practischen Standpuncte aus zu unternehmen, von welchem Gesichtspunkte Savigny a. a. O. lediglich ausgeht, sie ist eine historisch gerechtfertigte, auf die uns die Quellen unzweideutig hinführen. Beide Institute sind in Bezug auf den Gegenstand (die **corpora hereditaria**) entschieden gleich, sie erleiden gleiche Schicksale in Bezug auf die Inappellabilität, das eine wird durch das andere zurückgedrängt. Beide Institute werden endlich in den Quellen als besondere **beneficia**, und zwar offenbar in Bezug auf **celeritas**, hervorgehoben, und gerade auch ehe die Appellation ausgeschlossen war, sollen sie schon solche **beneficia** gewesen sein. Da nun aber im Uebrigen die Summarietät derselben durchaus nicht so bedeutend war, und sie diese mit vielen anderen Klagen theilten, bei denen jener Ausdruck gar nicht vorkommt, so führt das darauf, daß der Grund dieses **beneficium** nicht vorzugsweise die äußere processualische Raschheit des Verfahrens ist, sondern die innere Construction der Rechtsmittel, derzufolge sie, weil das Recht nicht definitiv, sondern nur nach Wahrscheinlichkeit entschieden wurde, nothwendig rasch beendigt werden mußten. Bei der **missio Hadriana** steht dies ja auch vollkommen fest, und für das Interdict bringt es schon die Interpretation jener Stelle mit sich. Es habe, sagt der Kaiser von Anfang an die **celeritas** bezweckt (**beneficio celeritatis inventum**), da aber in früherer Zeit die Summarietät noch viel weniger hervortritt, so muß der Kaiser von der inneren Structur des Rechtsmittels gesprochen haben, die nun hauptsächlich erst durch seine Verfügung auch äußerlich im Verfahren zur Erscheinung kommen soll [7]). —

7) Bd. I. S. 385 f. — Hollweg a. a. O. S. 395. Not. 30. erklärt daher den Ausdruck beneficium, der bekanntlich schon bei Gaius III. 34. der b. p. gerade in Bezug auf das Interdict beigelegt wird, und dann so häufig in den Quellen wiederkehrt, wohl zu eng ledig-

Digitized by Google

Jetzt haben wir denn auch endlich die Stelle anzuführen, welche so vielfache Mißverständnisse hervorgerufen hat, und namentlich für den Beweis der Summarietät aller Interdicte, besonders des unsrigen, viel mehr urgirt worden ist, als eine natürliche Interpretation mir an die Hand zu geben scheint. Ich meine die

> **l. un. Th. C. quor. bon. (Arcad. et Hon.). — Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur, quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? §. 1. Constat autem, virum ab intestatae uxoris bonis, superstitibus consanguineis, esse extraneum, cum prudentium omnium responsa, tum lex ipsa naturae successores eos faciat. §. 2. Insuper etiam mansura perpetua sanctione jubemus, ut, omnibus frustrationibus amputatis, in petitorem corpora trasferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa.**

Daß man aus dieser Stelle nicht beweisen kann, es sei hier (auch in der Gestalt wie die Worte in l. 3. C. quor. bon. lauten) von der her. petitio die Rede, welche dem Ehegatten reservirt werde [8]), ist bereits Bd. I. S. 394. ausgeführt worden. Es würde auch schon nach dem ganzen Gange der Constitution diese Endentscheidung unnatürlich sein. Sie setzt als feststehend voraus, daß consanguinei vorhanden, und die heredes sind. Nun geht sie die beiden Punkte durch, auf die sich der Wittwer allenfalls berufen könnte, um die cor-

---

lich aus der summarischen Natur. Gerade weil die Ausdrucksweise wechselt, und bald das Interdict, bald die b. p. wegen des Interdicts so genannt wird, sieht man, daß das beneficium nicht im Processualischen, sondern im Wesen der b. p., durch welches das Wesen des Interdicts bedingt wird, liegt. — Uebrigens wird man mir wohl nicht entgegenhalten, daß auch Stellen vorkommen (z. B. l. 8. Th. C. de matern. bon.), wo mit edicti beneficium nicht bloß gerade das Interdict, sondern überhaupt das ganze Prätorische Erbrecht bezeichnet wird.

8) v. Löhr Archiv f. civ. Pr. XII. S. 105. Früher vertheidigte von Löhr die richtige Ansicht. S. dessen Uebersicht der Constit. Heft I. S. 82.

Digitized by Google

pora hereditaria zurückzubehalten. Von dem ersten Punkte könne gar nicht die Rede sein, da, sobald consanguinei existirten, es sich von selbst verstehe, daß der Ehegatte kein Erbrecht habe. Er könne sich also nur etwa darauf berufen, daß die Sachen ihm gehörten, aber, wenn der Erblasser sie bis zum Tode besessen, müßten dennoch dieselben einstweilen herausgegeben werden, mit Reservirung einer etwaigen Eigenthumsklage. Man sieht, die Kaiser setzen die consanguinei entschieden als heredes voraus, dies wird also der Mann gar nicht eigentlich bestritten haben, und unmöglich kann dem Manne bei solcher Voraussetzung noch die her. pet., als ein Punkt der Vertröstung, reservirt werden, er würde ja doch nicht damit siegen.

Aber gerade aus den Voraussetzungen, die in unserer Stelle liegen, läßt sich die natürliche Anwendung des Int. quor. bon. sehr einfach erklären. Es sind consanguinei vorhanden, und über dies Verwandtschaftsrecht liegen keine Gründe des Streites vor; etwas Anderes ist freilich immer noch, daß der Mann ihnen ihr Erbrecht gleich zugestehen sollte, er wird sich nicht damit selbst die Möglichkeit verbauen, doch noch vielleicht, wenn besondere Umstände gegen sie zu Tage kämen, mit der successionis vindicatio aufzutreten. Aber jedenfalls liegt doch dergleichen jetzt nicht vor, unsere Stelle setzt gerade einen Fall voraus, wie er so oft vorkommt, wo eine spätere Erbklasse einer früheren gegenübersteht, und freilich keine Gründe hat, dieser ihr Erbrecht zu bezweifeln, aber doch es auch nicht gleich zugestehen will. Hier ist es passend, daß die frühere Erbklasse schon auf bloße Wahrscheinlichmachung ihres Erbrechts den Besitz erhält, wodurch denn auch in den meisten Fällen ein weitläuftiger Erbschaftsproceß ganz vermieden wird, da die spätere Klasse in der That kein Recht hat, während freilich, wenn besondere Gründe vorliegen, ihr die her. pet. durchaus zusteht.

Der Hauptgrund, auf welchen der Mann sich nach unserer Stelle stützt, ist, daß die einzelnen Sachen ihm gehörten, während die Berufung auf sein Erbrecht nur eine Nebenvertheidigung war, damit die Kläger ihres Wahrscheinlichkeitsbeweises nicht überhoben werden sollen. Mit jenem anderen Punkte beschäftigt sich unsere Stelle eigentlich, das Principium und der §. 2. handelt davon, zwischen welche der §. 1. nur al-

Digitized by

ein Nebenpunkt eingeschoben ist. Die Kaiser entscheiden nun diese Frage ganz nach den von jeher bestehenden Grundsätzen. Die Voraussetzung ist nämlich, daß Kläger den Besitzeszustand des Erblassers zur Zeit des Todes beweisen muß (**quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset**), und gewiß ist hierfür fortwährend, so wie früher, ein wahrer Beweis, nicht bloß eine Bescheinigung gefordert worden. Sobald aber dieser Beweis vorliegt [9]), so sollen alle weiteren Behauptungen des Eigenthums damit abgeschnitten sein, und vom Bekl. in einem eigenen Proceß geltend gemacht werden. Hiernach scheint doch durchaus die natürlichste Interpretation, daß da schon im **Principium** diese Gegenbehauptungen des Mannes erwähnt sind (**etiamsi quod possit de proprietate tribui luctamen**), nur mit den Worten **omnibus frustrationibus amputatis** („mit Ausschluß aller Weiterungen") eben diese unzulässigen Gegenbehauptungen gemeint sind, weßhalb denn am Ende hinzugesetzt wird, daß eine besondere darauf gestützte Klage nicht ausgeschlossen sei.

---

9) Dieser Punkt scheint mir von Mayer Erbrecht I. S. 416. 417. nicht richtig gefaßt zu werden. Er sagt, während eigentlich der Besitz pro herede und pro possessore wesentliche Voraussetzung des Interdictes sei, so solle doch die auf Einzelnes aus einer Gesammtheit gerichtete Behauptung, man besitze es titulo proprio, nur um frustrationes abzuschneiden, nicht gehört werden. Und darin findet er dann den Beweis, daß alle Einreden altioris indaginis ad separatum verwiesen werden sollen. Aber dies ist doch aus unserer Stelle nicht abzuleiten. Wenn der Bekl. behauptet, er besitze einzelne Sachen (neben dem, was er pro her. od. pro poss. hat) titulo singulari d. h. er besitze es schon von Lebzeiten des Erblassers her, so muß, wie unsere Stelle es ausdrücklich voraussetzt, der Kläger beweisen, daß der Erblasser diese Sachen in ultimum usque diem im Besitz gehabt habe. Alsdann nämlich darf sich der besitzende Beklagte nicht auf einen titulus singularis berufen, denn er hat die Sachen eigenmächtig in Besitz genommen, und nemo sibi causam possessionis mutare potest. Wo dagegen der Kläger jenen Beweis nicht liefern kann, da werden sie keineswegs mit den übrigen Sachen auf den Kläger übertragen, sondern das Interdict ist auf sie, weil die Hauptbedingung fehlt, gar nicht mit gerichtet, und der Interdictskläger kann sich dann nur mit der rei vind. helfen. S. Savigny Zeitschrift VI. S. 252.

Digitized by Google

Man hat in neuerer Zeit, wenn ich so sagen soll, Jagd gemacht auf Stellen, wodurch die Summarietät der Interdicte bewiesen würde, und danach sich denn auch besonders auf diese Stelle gestützt. Wenn man nun aber über die Sache einverstanden ist, und die Summarietät namentlich des **Int. quor. bon.** zugiebt, so wird man doch aber auch von der anderen Seite zugestehen müssen, daß in dieser Stelle gar keine weitere Andeutung sich findet, der Kaiser denke hier an die Summarietät, und daß also gar kein Grund vorhanden ist, die Worte **omnibus frustrationibus amputatis** auf etwas Anderes zu beziehen, als woran er entschieden denkt, nämlich auf die Eigenthumsbehauptungen des Beklagten. Deßhalb scheint mir auch die Reception dieser Stelle in den Coder nicht für das **Interdictum quor. bon.** dieselbe besondere Summarietät zu rechtfertigen, welche allerdings für einzelne andere Interdicte nach Maaßgabe der uns vorliegenden Stellen angenommen werden muß [10]).

§. 147. Die bisherige Darstellung hat schon gezeigt, wie wir uns im Allgemeinen das Verhältniß des **Int. quor. bon.** zur **her. pet.** zu denken haben. Es ist aber in dieser Hinsicht doch noch Einiges bisher nicht Erörterte hinzuzufügen.

1) Ich bemerkte schon §. 145. a. Ende, das Interdict sei gewissermaßen an die Stelle der alten **b. p. sine re** getreten. Durch die letztere ernannte der Prätor einen rein interimistischen Repräsentanten des Erben, der einstweilen selbst als Erbe herrscht, bis dann der wahre **heres** mit der **her. pet.** siegt. Jetzt kann auch der, welcher nur wahrscheinlich zu machen vermag, er sei der Nächstberechtigte, selbst wenn er es in der That nicht ist, einstweilen den Besitz der **corpora hereditaria** erlangen, bis der Gegner mit der **successionis vindicatio** siegt, und dies ist gerade das possessorische Element, welches unsere Lehre auch noch stets aus früherer Zeit her bewahrt hat.

Indessen müssen wir doch noch genauer die Unterschiede angeben, welche hiebei nicht zu verkennen sind. Ich meine zweierlei:

---

10) Hollweg a. a. O. S. 397. f. l. 8. C. unde vi. l. 1. C. si per vim l 14. C. de agricolis.

a) die frühere interimistische Repräsentation, welche in der b. p. sine re lag, bezog sich auf die gesammte ideelle Erbschaft, sie war ein Besitz des ganzen Erbrechts, eine wahre interimistische Universalsuccession. Da sie sich auf die Prätorische Verleihung stützte, gewährte sie ein sehr freies Schalten und Walten über die Erbschaft. Das **Int. quor. bon.** war nur ein Theil der daraus fließenden Befugnisse, sie verlieh auch alle anderen Rechte, welche im Begriff der Universalsuccession liegen. Der **b. possessor** sollte für Alles wie ein Erbe haften (passiv **fictitiae actiones**) [1]), dafür sollte er aber auch alle Rechte geltend machen können, und diese trennte der Prätor nach einer sehr natürlichen Unterscheidung in das Universalrecht auf alle **corpora hereditaria** (**Int. quor. bon.**) und alle aus der Person des Erblassers geltend zu machenden Einzelklagen (active **fictitiae actiones**) [2]).

---

1) Deßhalb liberirte der bon. possessor, wenn er einen Erbschaftsgläubiger bezahlte, dadurch den ihm gegenüberstehenden heres, worin zugleich liegt, daß der b. possessor, wenn jener die her. pet. anstellte, bei der Restitution der Erbschaft die gezahlte Summe abrechnen konnte. Fr. 95 §. 8. de solut. Bei einem anderen possessor hereditatis war dies dagegen nicht der Fall. Fr. 38. §. 2. eod. fr. 19. §. 1. de cond. indeb. — Dies ist wieder ein wichtiger Beweis für den schon im ersten Bande oft hervorgehobenen Satz, daß die b. p. sine re eine große reelle Bedeutung, nämlich die der interimistischen Repräsentation des heres, hatte.

2) Also wenn der b. possessor von einem Erbschaftsschuldner die Schuld einklagte, oder auch ohne Proceß sich zahlen ließ, so wurde jedenfalls dadurch der Debitor liberirt, und dies konnte nicht im Geringsten dadurch verändert werden, daß hinterdrein ein heres gegen den b. possessor auftrat, und ihm die Erbschaft evincirte. Interessant aber ist, was wir in dieser Hinsicht noch besonderes aus fr. 26. §. 11. de cond. ind. lernen. Wenn nämlich bei diesem Erbschaftsproceß der b. possessor nicht so, wie er muß, die Erbschaft defendirt, d. h. keine Caution leistet, so daß mittelst des Int. quam hereditatem eine Translation des Besitzes eintreten kann, so muß freilich der Debitor immer daran festhalten können, daß er durch seine frühere Zahlung an den b. possessor liberirt sei, aber er muß auch, da der b. possessor durch sein Nichtdefendiren der hereditas gleichsam sein ganzes interimistisches Stellvertretungsrecht ex post vernichtet, seine frühere Zahlung an denselben, obgleich sie ein wahres debitum betraf, mit einer condictio sine causa revo-

Digitized by Google

In der späteren Kaiserzeit aber ist die Geltendmachung dieser activen **fictitiae actiones** weggefallen; wer die Einzelklagen des Erblassers anstellen will, muß seine definitive **successio ex jure civili** oder **praetorio** beweisen, ebenso wie wenn er die **successionis vindicatio** anstellt, d. h. er hat nicht bloß **her. aditio** oder Agnition, und ferner auch nicht bloß die Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts, sondern die Wahrheit desselben darzuthun, wenn sein Gegner behauptet, er selbst oder ein Anderer sei der Nächstberechtigte.

Es bleiben also nur noch die **corpora hereditaria** als Etwas übrig, das man auf bloße Wahrscheinlichkeit hin fordern kann, aber es braucht nun auch wohl nicht weiter ausgeführt zu werden, daß, da einmal das alte auf die ganze Universalsuccession gerichtete System der **b. p.** jetzt nicht mehr gehandhabt werden konnte, auch gerade lediglich in Bezug auf diese **corpora hereditaria** noch ein practisches Bedürfniß vorlag, das alte possessorische Element der **b. p.** aufrecht zu erhalten.

Ganz anders aber ist es mit den gegen den Erbschaftsbesitzer geltend zu machenden Klagen, welche der **b. possessor** früher stets als **fictitiae** gegen sich richten lassen mußte. Wie weit hier bei einem Erbschaftsbesitzer, der nicht **b. p.** agnoscirt hat, die Grundsätze der **b. p.** etwa analog anzuwenden waren, darüber mögen auch schon die Römischen klassischen Juristen zweifelhaft gewesen sein [3]); und in der Folgezeit müssen darüber ebenfalls Schwankungen geherrscht haben, mogte der Besitzer durch factische Ergreifung oder durch Sieg mit dem In-

---

ciren dürfen. Der Debitor muß, da der **b. possessor** nicht defendirt, ganz in den früheren Zustand zurückversetzt werden können, um dann erst demjenigen zu zahlen, welcher sich ihm gegenüber wirklich als heres ausweist. — Dagegen wenn Jemand darthun kann, daß er Etwas indebite an den b. possessor gezahlt habe, so kann er es stets, mag dieser defendiren oder nicht, condiciren. — Die Worte unserer Stelle, welche ich mit dem Gesagten verständlich interpretirt zu haben hoffe, obgleich sich noch Mehr darüber sagen ließe, lauten: **Heredi** (richtiger ist wohl die Lesart **hereditatis**) **vel bonorum possessori, siquidem defendat hereditatem, indebitum solutum condici poterit; si vero is non defendat, etiam debitum solutum repeti potest.**

3) S. auch fr. 6. §. 1. de interr. in jure.

terdict, oder durch **missio** zum Besitz gelangt sein. Deßhalb findet Justinian es nöthig in l. 12. C. de her. pet. dies genauer festzustellen, und die Grundsätze, die er hierüber anordnet, sind recht passend und vernünftig.

b) Ein zweiter wichtiger Unterschied der früheren **b. p. sine re** und des jetzigen **Int. quor. bon.** liegt darin, daß in jenem Falle der einstweilige Besitzer nur durch die **her. pet.** eines Civilerben vertrieben werden konnte. Denn ein vor dem **b. possessor** lediglich nach Prätorischem Recht Gerufener hatte ja seine Agnition stets versäumt, und ein später zu Rufender konnte gar keine Ansprüche machen, indem nach einmal gültig ertheilter **b. p.** sie nicht weiter deferirt wurde. Gerade weil daher im Ganzen wenigen Personen das Recht zustand, die **b. p.** zur **sine re** zu machen, so hatte das **Int. quor. bon.** damals so häufig ein ganz anderes practisches Resultat, es diente zur Erlangung der Güter, die der **b. possessor** dann auch dauernd behielt.

Wer aber in späterer Kaiserzeit durch das Interdict zum interimistischen Besitz der Erbschaftssachen gelangt war, konnte natürlich von Jedem, der besseres definitives Erbrecht nachwies, mit der **successionis vindicatio** besiegt werden. Und dies konnte daher, seit die **b. p. inter alienas vices** agnoscirt werden durfte, auch Jemand sein, der sich auf **successio ex jure Praetorio** stützte, ein näherer Verwandter, von dessen Existenz man etwa zuerst nichts wußte, und der auch selbst nichts vom Erbfall erfahren hatte, nun aber nach Agnition der **b. p.** gegen den auftritt, welcher selbst schon gegen entferntere Prätendenten mit dem **Int. quor. bon.** gesiegt hatte. Ebenso auch ein entfernterer Prätorischer Erbe, welcher nachwies, daß der in Folge der Wahrscheinlichkeit seines Erbrechts in den Besitz Gesetzte, wegen der inneren Ungültigkeit des Testamentes oder weil er überhaupt kein Verwandtschaftsrecht habe, — ihm, dem in späterer Klasse Stehenden, Platz machen müsse. Und zwar konnte letzterer Fall eben so gut auch schon vor dem Gesetz des Constantius über die Agnition **inter alienas vices** vorkommen.

Also ebensogut, wie wir schon gesehen haben, daß ein **bon. possessor** gegen den anderen ein **Int. quor. bon.** anstellen kann, so haben wir dies auch von der **her. petitio** zu sa-

Digitized by Google

gen. Es besteht jetzt die Regel, daß Jeder, welcher die **successionis vindicatio** hat (und natürlich sein Recht auch wirklich beweisen kann), den, welcher mit dem Interdict gesiegt hatte, vertreiben kann. Darin aber liegt wieder ein vollständiger Beweis für den oben schon dargethanen Satz (§. 127.), daß seit der Umgestaltung der **b. p.**, oder wie man auch sagen kann, seit der Entstehung der **successionis vindicatio** für die Prätorischen Erben, von der alten **b. p. sine re** gar nicht mehr die Rede sein kann [4]).

2) Bisher sprach ich von dem practischen Verhältniß, welches im einzelnen Erbfall die beiden Rechtsmittel zu einander einnehmen. Ich muß noch einige Worte über das theoretische Verhältniß, in welchem beide Rechtsinstitute zu einander stehen, hinzufügen. Im ersten Bande habe ich weitläuftiger entwickelt, daß die merkwürdige Gestalt der **her. pet.** (als ein die **corpora hereditaria** und die obligatorischen, nicht aber die dinglichen Einzelklagen umfassendes Rechtsmittel) sich aus der **pro herede usucapio** erklärt; wogegen die prätorische Construirung der Rechtsmittel für den **bon. possessor** eine natürlichere dem Wesen des Erbbegriffs entsprechendere

---

4) Hiebei könnte man noch auf die Frage kommen, ob, wenn Jemand schon mit dem Interdict gegen Dritte gesiegt hat, nun ein noch näher Berechtigter gegen diesen nicht mit der her. pet., sondern etwa wieder mit dem Int. quor. bon. und bloßem Wahrscheinlichkeitsbeweis auftreten könnte? Allein ich habe wohl nicht nöthig, mich ernstlich auf die Beantwortung dieser in den Quellen bekanntlich nirgends angedeuteten Frage einzulassen. Wer einmal durch Richterspruch als wahrscheinlicher Erbe, sei es auch nur bestimmten Personen gegenüber, in den Besitz der Sachen gesetzt ist, kann daraus nur wieder vertrieben werden, wenn die Wahrheit an die Stelle der Wahrscheinlichkeit tritt. Ebenso haben wir also natürlich auch zu sagen, daß gegen den **missus ex edicto Hadriani** nicht noch wieder ein **Int. quor. bon.** angestellt werden kann, und dies stimmt mit der l. 3. C. de edict. div. Hadr. toll. vollkommen überein. Daß aber umgekehrt durch die **missio** noch ein Besitzer, der mit dem Interdict gesiegt hatte, wieder vertrieben werden könne, wie Mayer Erbrecht I. S. 416 zu meinen scheint, dünkt mir bei der ganz gleichen Stufe, auf der das Interdict und die **missio** stehen, völlig unzuläßig. Die l. 3. C. cit. beweist freilich nicht dafür, aber wahrlich auch Nichts dagegen.

Digitized by Google

ist, wonach die Einzelklagen ganz abgesondert werden, und das Interdict nur auf die **corpora hereditaria** geht.

Wir haben nun schon im Verlauf der Darstellung gesehen, daß nicht bloß das Interdict dem Gegenstande nach unverändert geblieben ist, sondern auch an der sonderbar gebildeten civilen **her. pet.** keine Umgestaltung sich findet, so daß sie auch seit ihrer Uebertragung auf den Prätorischen Erben diesem ganz so wie dem **heres** zustand.

Es läßt sich nun wohl sagen, daß man für die **her. petitio** aus der Art, wie der Prätor seine Rechtsmittel bildete, etwas lernen kann. Und man darf fragen, warum bei den Römern das, was das Prätorische System Besseres enthält, auf die **her. pet.** nicht übertragen worden ist?

Es läßt sich darauf nicht antworten, daß die **h. p.** nur fingirtes Erbrecht, also auf die **hereditas** nicht übertragbar sei. Wir sprechen hier nur davon, wie man am Besten rein aus dem Wesen des Erbrechts die Rechtsmittel des vollkommen zu schützenden Erben wissenschaftlich construirt, und dabei ist es vollkommen einerlei, ob das Erbrecht ein fingirtes ist oder nicht. Was hier das Resultat der Wissenschaft ist, wird auch dadurch von selbst practisches Recht, falls nicht besondere Eigenheiten des positiven Rechtes, wie es die **pro herede usucapio** war, entgegenstehen.

Man kann an und für sich einen doppelten Weg gehen, um zu diesem wissenschaftlichen Resultat zu gelangen. Einestheils läßt sich sehr wohl sagen, daß Alles, was der Erbe als Befugniß seines Erbrechts geltend macht, in eine und dieselbe Klage zusammengestellt werden könne. Dann also wäre die **her. pet.** die wirklich ganz allgemeine Klage auf Anerkennung des Erbrechts; ihre eigentliche Grundlage ist stets der Beweis, daß man Erbe sei, und in ihr würde dann nicht bloß die Einforderung der **corpora hereditaria** (wobei noch der Besitz des des Erbl. **mortis tempore** als Beweispunkt hinzukommt), nicht bloß die obligatorischen Einzelklagen, sondern ebenso auch die dinglichen enthalten sein. Und in letzteren beiden Fällen steht denn neben dem Beweis des Erbrechts immer noch der Beweis des einzelnen dinglichen oder obligatorischen Rechtes, welches man geltend macht.

Digitized by Google

Faßte man die **her. pet.** in diesem weiten Umfang, so würden natürlich solche beschränkende Regeln, wie sie z. B. **fr. 19 §. 3 de her. pet.** enthält, daß zur **her. pet.** nur gehöre, was restituirt werden könne, — von selbst hinwegfallen.

Die Römer fassen nun in der That in gewisser Weise die **her. pet.** als eine Klage auf Geltendmachung des gesammten Erbrechtes auf; die juristische Grundlage ist bei ihnen nur: Anerkennung des Erbrechts, (**hereditatem meam esse**), und dies hat ja an und für sich eine so absolute Bedeutung [4a]), daß man glauben sollte, es könnten nun auch in Folge der Anerkennung dieses Erbrechts alle darin liegenden Befugnisse vom Bekl. mit der **her. pet.** durchgesetzt werden. Dennoch aber erscheint sie dann in Bezug auf den Gegenstand beschränkt. Nur was sich restituiren läßt, und Nichts worauf dem Erblasser schon eine dingliche Klage begründet war, liegt trotz jener allgemeinen Grundlage im Gebiet der **her. pet.** Alles Uebrige muß auch vom Erben mit Einzelklagen geltend gemacht werden, trotz dem daß hiebei ebenfalls die Voraussetzung ist, daß ihm neben dem besonderen Rechte, welches er einklagt, sein Erbrecht anerkannt werde [5]).

Es läßt sich aber ein genügender Grund anführen, daß die Römer trotz der allgemeinen juristischen Basis, auf der sie die **her. pet.** aufbauten, dieselbe doch nicht auf alle im Erbrecht liegenden Befugnisse ausdehnen konnten. Die **pro herede usucapio**, welche der ganzen Klage ihre eigenthümliche Gestalt gegeben hatte, wirkte hier auch noch fortwährend ein. Hadrian hatte die Berufung auf die **pro herede usucapio** dem **heres** gegenüber verboten, und man ließ dies auch ebenso von der **longi temporis praescriptio** gelten [5a]). Es bestand also der wichtige Unterschied zwischen den Einzelvindicationen und der

---

4a) Es ist oben schon bemerkt, daß diese ganz absolute Bedeutung besonders klar in der (von der eigentlichen **her. pet.** getrennten) **hereditatis petitio ex causa inofficiosi testamenti** hervortritt. §. 122. Note 9.

5) Ob man den Beweis des dinglichen oder obligatorischen Rechtes als Haupttheweis, den des Erbrechtes als **legitimatio ad causam** auffaßt, oder umgekehrt, ist ja an und für sich ganz willkührlich.

5a) s. §. 121 Note 5. §. 125 Note 5 u. 9.

Digitized by Google

her. pet., daß jene, nicht aber diese durch Ersitzung ausgeschlossen werden konnten. Und so ist es auch noch heutzutage.

War und ist es daher nicht passend, die her. pet. auf alle Erbbefugnisse auszudehnen, so fragt sich nun umgekehrt, warum die Römer nicht den entgegengesetzten Weg einschlugen, und die her. pet., um ihr eine natürliche Gestalt wiederzugeben, nach dem Vorbilde des Int. quor. bon. noch mehr einschränkten, also mit Ausschluß der **debitores defuncti** und allenfalls auch der **debitores hereditarii** im engern Sinne [5b]), sie lediglich auf die **corpora hereditaria** gerichtet sein ließen. Der Grund, weßhalb man die gegen die **debitores** gerichteten obligatorischen Klagen mit in die her. pet. hatte ziehen müssen [6]), war ja nur gewesen, daß der Gegner durch pro her. us. seine Schuld ersitzen konnte. Als nun Hadrian diese pro her. us. aufhob, war das freilich nur eine relative Aufhebung, d. h. der Besitzer sollte sich nur dem mit der her. pet. Klagenden gegenüber nicht darauf berufen können. Aber da Obligationen ja nichts als ein relatives Verhältniß zum Erben sind, so war doch damit die pro her. us. für die **debitores** völlig vernichtet, und daher kommt es, daß in der Justinianischen Compilation sich davon gar keine Spur findet. Nur Cicero hat uns die sichere Nachricht davon aufbewahrt (Bd. I. S. 47).

So war also ein practischer Grund nicht mehr vorhanden, der her. pet. die alte Ausdehnung zu lassen, man ließ es unverändert so, wie vieles Andere, weil man es einmal gewohnt war. Dies kann uns aber nicht hindern, den Schritt zu thun, welchen die Römer unterlassen haben, und die **debitores** überhaupt oder doch die **debitores defuncti** [7]) ganz aus der her. pet. zu streichen, oder wenigstens (denn sonst würde es auf einen Wortstreit hinauslaufen) die Sache selbst wohl im Auge zu behalten, daß die Erweiterung der her. pet. über die pro herede und possessore sowie die eigentlichen juris possessores [8]) hinaus, gar keine practische Bedeutung mehr hat.

5b) Bd. I. S. 310 ff.

6) fr. 13 §. 15 de her. pet.

7) Denn s. Bd. I. S. 317 Note 3.

8) fr. 13 §. 4—14 de her. pet.

Digitized by Google

Man ist vielleicht geneigt, hiergegen den oben schon bei einer anderen Gelegenheit erwähnten Einwand zu erheben, daß doch wenigstens dann noch ein practisches Interesse vorliege, wenn der Besitzer der **corpora hereditaria** zugleich **debitor** des Erblassers ist, ihn zugleich mit einer Klage auf Beides belangen zu können. Aber wenn das so wichtig wäre, warum sollte es denn nicht auch Bedürfniß sein, die Einzelvindicationen mit in die **her. pet.** hereinzuziehen, wenn der **pro her. u. pro poss. possessor** schon bei Lebzeiten des Erblassers Sachen von ihm in die Hände bekommen hatte? Gegen welches Bedürfniß, wenn es wirklich begründet wäre, auch nicht in Betracht käme, daß der Bekl. ein einziges Vertheidigungsmittel (nämlich die Berufung auf Ersitzung) nicht rücksichtlich der **corpora hereditaria** hat, während es allerdings für die schon vor dem Tode besessenen Sachen anwendbar ist.

Mir scheint dieser Punkt ziemlich einfach sich zu erledigen. Die Einforderung der **corpora her.** ist in Bezug auf die Beweispunkte, die Fragen, die hier unter den Parteien aufgeworfen werden können, und den hier eintretenden Charakter einer Universalklage, so wesentlich verschieden von der Geltendmachung einer dem Erblasser zuständigen Forderung, daß, wenn auch bei Beiden der Beweis des Erbrechts geliefert werden muß, das Eine und das Andere doch stets als innerlich verschiedene Klagen aufzufassen sind. Das erkennen die Römer vollkommen an, indem die Obligation stets auch als Einzelklage geltend gemacht werden konnte. Sie mußten sie nur um der **pro her. usuc.** willen mit in die eigentliche **her. pet.** hineinziehen, wovon denn aber die Folge war, daß dadurch die Obligation bisweilen ihre den Principien der **her. pet.** widersprechende Gestalt veränderte [9]).

Schon dies Letztere kann doch unmöglich heute noch angewandt werden, da, wenn Jemand zugleich eine Erbschaftsschuld und die **corpora her.** einklagt, der Richter in solchem Fall es doch stets als Klagencumulation aufzufassen, und danach auch auf Alles, was die Schuld mit sich bringt, zu condemniren hätte [10]).

Da nun aber außerdem die Obligation nicht mehr wegen

9) s. z. B. Bd. I. S. 314 Note 14.

10) Wir haben ja keine formulae mehr, und die Klagen brauchen nicht

Digitized by

der **pro her. usucapio** in die **her. pet.** hineingezogen zu werden braucht, so kommt dasselbe Verhältniß heraus, in dem auch überhaupt die Einzelvindicationen zur **her. pet.** stehen; d. h. wir lassen hier ganz unsere processualischen Grundsätze über objective Klagencumulation gelten. Es kann also allerdings, wenn es dem Richter passend scheint, und eine gute coordinirte Proceßführung im einzelnen Falle möglich ist, eine Obligation und die eigentliche **her. pet.** auf die **corp. her.** gegen denselben Beklagten zusammen in einem Proceß eingeklagt werden. Aber eine eben solche Verbindnng ist auch für eine Einzel-Vindication und die **her. pet.** denkbar und zulässig. Wo dagegen Verwirrungen im Proceßgange eintreten würden, kann der Richter in beiden Fällen eine Trennung in verschiedene Processe vorschreiben.

Darin liegt gerade, daß dem Wesen der Sache nach die Obligationen ganz wieder aus der **her. pet.** heraus, und in ihr Bestehen als Einzelklagen zurückgetreten sind, weil kein inneres juristisches Band mehr besteht, welches sie, im Gegensatz zu den Vindicationen, mit der **her. pet.** verknüpft. So brauchen wir denn aber auch dem Buchstaben nach nicht mehr fortbestehen zu lassen, was dem inneren Wesen nach schon gar nicht mehr vorhanden ist.

§. 148. Es bleibt uns nur noch eine Frage übrig, mit der wir den Beschluß dieses Buches zu machen haben.

Für die frühere Zeit steht es freilich nach der Ansicht Aller fest, daß, wer das **Int. quor. bon.** in Anspruch nehmen wolle, vorher die Agnition in gehöriger Frist nicht versäumt haben dürfe. Indeß könne dies **beneficium** nicht bloß der zur **successio ex jure Praetorio** Gerufene, sondern auch jeder **heres** benutzen, sobald er nur nach den Prätorischen Agnitionsregeln die Erbschaft antrete. — Während man dies allgemein anerkennt, wird dagegen für die spätere Kaiserzeit meistens auch noch heutzutage die Ansicht ver-

---

mehr besonders benannt zu werden. Der Kläger kann also immer sagen, er habe zwei verschiedene Klagen, die eigentliche **her. pet.** und die Einzelklage mit einander cumulirt.

Digitized by Google

theidigt [1]), daß die Voraussetzung der Agnition für das **Int. quor. bon.** aufgehoben, und jeder **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** dazu berechtigt sei.

Von vorn herein weiß ich nicht recht, wie man sich diese meist sehr kurz ausgesprochene Ansicht eigentlich denkt. Das Interdict war bis zu der fraglichen Umänderung ein besonderes **beneficium** der **b. p.**, welches dem durch Prätorisches Recht Berufenen stets auch zustand, wenn er seine **successio** durch Agnition angetreten hatte, während der vom Civilrecht Berufene, der seine **successio** durch **her. aditio** antrat, noch zur Erlangung jenes **beneficium** der Agnition bedurfte. Indem also von der einen Seite dem Prätorischen Erben eine größere Formalität als dem Civilerben zur Erlangung der **successionis vindicatio** oblag, so war die Sache auch wieder für den Prätorischen Erben darin einfacher, daß er durch dieselbe Handlung zugleich den petitorischen und possessorischen Klagenschutz erhielt, während der Civilerbe außer der **her. aditio**, aus der nur die **successionis vindicatio** folgte, um des Interdictes willen dann noch sich der Agnition unterziehen mußte. Jedenfalls standen Beide, Prätorische und Civilerben, darin vollkommen gleich, daß, wenn sie beide Klagen haben wollten, sie **b. p.** agnosciren mußten, und in dieser Agnition lag dann für den Prätorischen ebensogut die Annahme des definitiven Erbrechts, wie sie für den Civilerben als **pro herede gestio** erschien [2]).

Die angeführten Schriftsteller scheinen nun zu sagen, daß später dem **heres** auch bloß in Folge der **her. aditio** das Interdict zustand, worin denn also liegt, daß der Prätorische Erbe fortan noch immer, sowohl zur Erlangung der **successionis vindicatio** als des Interdictes, die Agnition vornehmen mußte.

---

1) s. v. Löhr's Uebersicht der Constitutionen Heft 1. S. 82. Dessen Magazin III. S. 337. Mayer Erbrecht I. S. 417. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon II. S. 313.

2) Der Unterschied zwischen Beiden, daß nämlich der Prätorische durch Unterlassung der Agnition auch die successionis vindicatio d. h. überhaupt sein Erbrecht verscherzt, während der Civilerbe hiefür noch die her. aditio übrig hat, kommt für unsere Frage, bei der es sich nur um die Bedingungen des Int. quor. bon. handelt, gar nicht in Betracht.

Digitized by

Dies erscheint aber offenbar als eine höchst merkwürdige Rechtsänderung, die sich dem Charakter der späteren Kaiserzeit gar nicht anpassen will. Es war doch nach und nach auch in Beziehung auf die Antretungsform eine immer größere Ausgleichung zwischen beiden Systemen eingetreten. Die Unterschiede, die noch bestanden, waren Ueberreste aus früherer Zeit, die man nicht alle tilgen wollte, aber neue Unterschiede zu schaffen, darauf konnte man doch unmöglich kommen. Rücksichtlich des Interdictes hatten sich Prätorische und Civilerben bisher gleichgestanden; es bedurfte für Beide der Agnition. Und nun soll die Scheidewand, statt sie immer geringer zu machen, wie es im Geist der Zeit lag, gerade umgekehrt vergrößert worden sein? Das Interdict war von Alters her als ein besonderes **beneficium** der **b. p.** betrachtet worden, der **heres** hatte es nur, wenn er sich den beschränkenden prätorischen Antretungsregeln unterzog. Und nun soll das Verhältniß geradezu umgeworfen sein, der **heres** braucht sich um die Agnition nicht mehr zu kümmern, der Prätorische Erbe aber, dem doch das Prätorische **beneficium** vorzugsweise zu gönnen ist, soll noch fernerhin den Beschränkungen unterworfen sein, von denen der nicht-Prätorische Erbe befreit ist? Es leuchtet ein, daß die Kaisergesetzgebung hier eine sehr sonderbare Bestimmung getroffen haben würde.

Eher scheint es schon denkbar, daß nun auch zugleich mit dem **heres** der **b. possessor** der Agnitionspflicht überhoben worden sei [3]). Aber hier begegnen uns neue Schwierigkeiten. Wenn der Prätorische Erbe um des Interdicts willen der Agnition nicht mehr bedarf, wie sonderbar, daß dieselbe dann noch um der **successionis vindicatio** willen bestehen geblieben wäre, daß er in Bezug auf das possessorische Rechtsmittel dem **heres** gleichgestellt, rücksichtlich des petitorischen aber noch von ihm unterschieden worden wäre! Wollen wir aber auch dies fallen lassen, wollen wir sagen, die Agnition sei, wie für den **heres**, so auch allgemein für den Prätorischen Erben aufgehoben, so

3) So könnte man Heimbachs Worte verstehen: „jedem **heres** (so nannte man ja schon zu Diocletians Zeit die Prätorischen Erben) sei, auch wenn er nicht die b. p. agnoscirt habe, die Befugniß ertheilt worden, das Interdict zu gebrauchen.“

Digitized by Google

kommen wir wieder auf das zurück, wovon schon im §. 139 die Rede war. Eine völlige Hinwegräumung der Agnition läßt sich in den Kaisergesetzen vor Justinian gar nicht finden, und es behaupten auch jene Schriftsteller nicht, daß die Stellen, wonach das Interdict dem **heres** ohne Agnition zustehen soll, eine allgemeine Aufhebung der Agnition enthielten. Vielmehr wird die letztere auf jenes noch spätere Gesetz von Valentinian gestützt, von dem oben die Rede war.

Wir müssen also doch wieder dazu zurückkehren, daß, so unwahrscheinlich dies auch gleich in Voraus scheint, die Agnition nur für den **heres**, nicht für den prätorischen Erben als Voraussetzung des Interdicts aufgehoben sein soll. Es müßte, je unwahrscheinlicher es ist, sich deßhalb um so unzweideutiger aus den Quellen ersehen lassen, und wir haben also zu prüfen, welche Quellen-Grundlage wir hier vor uns haben. In früheren Jahrhunderten hat man sich stets auf **l. 1 C. quor. bon.** berufen, wodurch dem **heres** das Interdict auch ohne Agnition zugestanden worden sei [4]). Diese Stelle, vom Jahr 197, ist nun aber noch ganz aus der Zeit der klassischen Juristen, und so hat man denn neuerdings eingesehen, daß sie durchaus nichts beweisen kann, da ja über das Recht dieser früheren Zeit durchaus kein Zweifel ist. Als Ueberrest ist aber noch die Vermuthung bestehen geblieben, daß hier eine Interpolation der Justinianeischen Compilatoren vorliege [5]). Wir werden nachher sehen, daß diese hier gar nicht einmal denkbar ist, und es läßt sich die Stelle auch in der That mit dem Rechte der klassischen Juristen vollkommen in Einklang bringen [6]).

Man hat deßhalb eine andere Constitution als Beweismittel substituirt, und dies ist die im §. 146 mitgetheilte **l. un. Th. C. quor. bon.** Ich muß aber gestehen, daß mir damit gar nichts bewiesen zu sein scheint. Sie spricht, wie oben erörtert worden ist, von der Unzulässigkeit der Eigenthumsbehauptungen, und beginnt um dies einzuleiten mit dem Ausruf: **Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur,**

4) Das Weitere hierüber folgt im fünften Buch.

5) Mayer und Heimbach a. a. O.

6) Bd. I. S. 389 ff. — s. auch v. Löhr Archiv f. civ. Prax. XII. S. 99. Note 52.

Digitized by Google

quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset, etiamsi quod possit tribui de proprietate luctamen? In diesen Enunciativworten soll nun liegen, daß die heredes auch ohne Agnition der b. p. das Interdict hätten [7]. Aber diese Worte sind ja nur die Einleitung zu einer Bestimmung, welche für unsere Frage gar keine Bedeutung hat. Das, was man aus ihnen beweisen will, steht gar nicht darin, man muß es erst hineinlegen: Man muß unter **heredes** lediglich den Civilerben verstehen, aber wenn auch in der Stelle zufällig von **consanguinei** die Rede ist, so folgt daraus noch keineswegs die Nothwendigkeit dieser engeren Bedeutung, die man damals unter **heres** jeden definitiven Erben verstand. Man muß ferner gerade voraussetzen, daß dieser Civilerbe das Interdict ohne Agnition haben solle, wovon die Kaiser gar nichts sagen, und was doch, da es eben hiedurch eingeführt sein soll, wahrlich bemerkt werden mußte. Und das Alles soll beiläufig bei einer Stelle vorausgesetzt werden können, die von ganz etwas Anderem spricht? Es ist doch so natürlich, daß der Kaiser hier die Agnition gar nicht erwähnt; er hat die Absicht von den Eigenthumsbehauptungen des Beklagten zu reden, wie sollte er darauf kommen, nach Analogie eines Lehrbuchs aufzuzählen, welche Erfordernisse für den Kläger vorhanden sein müßten, damit er auch wirklich das Interdict anzustellen vermöge [8]. Wie können wir verlangen, daß, wenn er die Agnition noch bestehen lassen wollte, er hier ausdrücklich hätte einschärfen müssen: „der heres muß übrigens agnoscirt haben“, und wie können wir also aus seinem Stillschweigen schließen, er habe das aufheben wollen, wovon er nicht spricht?

Die ganze Art, wie die Stelle fragend beginnt, zeigt, daß hier nicht bloß an Civilerben gedacht sein kann. Es soll bloß der

---

7) v. Löhr Uebersicht der Const. H. 1. S. 82 sagt darüber: „das Interd. quor. bon. soll auch der heres, und diejenigen, welchen der Kaiser bona caduca oder vacantia geschenkt hat, anstellen können.“ Ich weiß nicht, ob mit den gesperrt gedruckten Worten auf eine andere in der Note nicht citirte Stelle gedeutet ist. Ich habe Nichts derartiges auffinden können.

8) Es hätte dann ebensogut auch z. B. gesagt werden müssen, daß ein scriptus heres nicht in bona mittirt sein dürfe.

Digitized by Google

Sinn ausgedrückt werden, daß es natürlich sei, dem Erben, ohne ungehörige Widerreden des Beklagten, den Besitz der Sachen zu verschaffen. Und dieser Satz gilt nicht bloß für Civilerben, sondern ebensogut auch für die, welche sich auf **successio ex jure Praetorio** stützen. Wir können also in den fraglichen Worten nichts Anderes finden, als die Anschauung der damaligen Zeit, wonach, seitdem man sagte, das Interdict gehe nicht mehr gegen den **heres**, man nothwenwendig umgekehrt sagen mußte, es sei ein Rechtsmittel des **heres** (§. 144. Note 7).

Am Besten hätte man sich noch für die hier bestrittene Ansicht auf ein anderes Gesetz derselben Kaiser (Arkadius und Honorius) berufen können, was aber bisher nicht geschehen ist. In **l. 9 Th. C. de infirmandis his, quae sub tyrannis (XV. 14)** wird im Einzelnen durchgegangen, welche in den **tyrannicis temporibus** vorgenommene Rechtshandlungen Gültigkeit haben sollen. Darunter kommt auch vor:

> **Bonorum amissa possessio, et affectus adeundae hereditatis obtineat, et interdicti beneficium non amittat.**

Zuerst scheint mir sehr nahe zu liegen, daß, wie auch schon früher vermuthet worden, statt **amissa : admissa** zu lesen ist [9]). Die Kaiser unterscheiden nun offenbar die prätorische und civile Erbantretung; Beide sollen, wenn auch während der Usurpation vorgenommen, Gültigkeit haben (**obtineat**), und der Zusatz läßt sich nun allerdings in dem Sinne verstehen: „und also soll das **beneficium** des Interdictes Keinem von Beiden verloren sein.“ Dann läge darin, daß auch, wer bloß die **her. aditio** vorgenommen hat, zum Interdict berechtigt sei.

Aber die Stelle beweist doch nichts, denn sie ist drei Monate früher als die **l. un. Th. C. quor. bon.**, und das wäre ja das allein denkbare Gesetz, woraus sie erklärt werden müßte.

---

9) So nimmt es auch Hollweg Handbuch des Civilproc. I. S. 395 Note 30. Die Rechtfertigung des **amissa** in Hänels Ausgabe des **Th. C.** scheint mir zu künstlich. Die Corruption ist ja so erklärlich wegen des nachfolgenden **amittat**, und wenn in der Zeit der Usurpation der b. p. nicht agnoscirt werden konnte, so läßt sich gar nicht von einer **amissa** b. p. sprechen, weil die Agnitionsfristen **utile tempus** sind.

Digitized by Google

Von einem noch früheren Gesetze, worin die Agnition für den **heres** aufgehoben sein sollte, ist nicht die geringste Spur, und ein solches voraussetzen, würde ganz ungerechtfertigte Willkühr sein. Ueberhaupt steht aber jener angegebenen Interpretation, obgleich sie an und für sich möglich ist, eine andere als ganz gleichberechtigt gegenüber, wonach das **et interdicti etc.** nicht als eine Folgerung aus dem Bisherigen, sondern als ein selbständig daran geknüpfter Satz genommen wird. Die Kaiser sagen: wer eine prätorische oder civile Erbantretung vorgenommen hat, der soll sich darauf berufen dürfen, und wer das **beneficium** des Interdicts erworben hat, der soll es nicht verlieren. Hiebei noch auseinanderzusetzen, daß übrigens dies **beneficium** nur in Folge der Agnition dem **heres** erworben werde, darauf konnten die Kaiser, bei der kurzen Anreihung der einzelnen Sätze in der ganzen Stelle, nicht wohl kommen. —

Wir dürfen hiernach wohl den Schluß ziehen, daß in den Quellen sich gar keine Beweise für die fragliche Rechtsänderung finden. Und da sie nun schon in sich selbst für die damalige Zeit völlig unwahrscheinlich ist, so können wir das bisherige Recht unbedenklich auch als fortbestehend annehmen. Es kommt aber noch folgender Grund hinzu, der, wenn auch das Gesagte schon genügen würde, doch noch eine wichtige Bestärkung gewährt. In Justinians Compilation findet sich die Agnition entschieden als das absolute Erforderniß zur Anstellung des Interdictes [10]). Alles nun, was wir oben schon in anderer Beziehung gesagt haben, findet auch hier seinen Platz. (§. 139 zu Note 9). Justinian beruft sich in den Punkten der Agnition ganz auf das Recht seiner Vorfahren; was wir daher in seiner Compilation finden, kann nicht durch die Gesetzgebung der **anteriores principes** gerade umgekehrt aufgehoben worden sein.

Ebensogut also wie wir oben es verwerfen mußten, daß die Agnition allgemein aufgehoben worden sei, so müssen wir hier ihre partielle Aufhebung für den **heres** läugnen. Der Rechtszustand blieb bis Justinian unverändert so, wie er im

10) Auch v. Löhr giebt dies zu. Archiv **XII.** S. 99. — Ebendeßhalb ist es aber auch unmöglich, daß in jene **l. 1 C. quor. bon.** Etwas durch Interpolation hätte eingefügt werden können, was geradezu gegen Justinians Willen ist (s. oben Note 5).

Digitized by Google

Anfang dieses §. geschildert worden ist; womit aber freilich nicht gesagt werden soll, daß er nicht sehr wohl einer Verbesserung bedurfte. Wie dieser Gegenstand in der Westgothischen Compilation behandelt worden ist, haben wir schon kennen lernen, wie er sich aber in der Justinianeischen gestaltet habe, das muß nun in dem folgenden Buche der Gegenstand unserer Betrachtung werden.

Digitized by Google

Digitized by Google

Viertes Buch.

Die bonorum possessio in der Justinianeischen Compilation.

Digitized by Google

Digitized by Google

Viertes Buch.

Die bonorum possessio in der Justinianeischen Compilation.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze.

§. 149. Aus den Zeiten einer wenig überlegten und bewußten Rechtsfortbildung gehen wir jetzt zu dem Rechtsbuche über, in dem das Material des Römischen Rechts zusammengeordnet wurde, um in einer für den damaligen Rechtszustand handlicheren Form den Bedürfnissen der Praxis genügen zu können. Viele Lehren sind dabei auch innerlich von Justinian wesentlich umgestaltet worden, es waren manche Ueberreste früherer jetzt nicht mehr passender Institute auszumerzen, manche bisher von einander getrennte Lehren zusammenzuschmelzen, und es kann nicht geläugnet werden, daß die Justinianeischen Arbeiter dabei im Durchschnitt ein richtiger Takt geleitet hat. Die Verschmelzung des quiritischen Eigenthums und des **in bonis**, der Legate und Fideicommisse, der **usucapio** und **longi temporis praescriptio** kann man nicht anders als passend nennen.

Es ist bekannt, daß die **hereditas** und **bonorum possessio**, die doch nach den Entwickelungen des vorigen Buches schon sehr nahe bei einanderstanden, eine solche von Justinian klar ausgesprochene Zusammenschmelzung, wie sie jenen Lehren zu Theil ward, nicht erfahren haben. Eine z. B. der **l. un. C. de usucap. transform.** ähnliche Constitution suchen wir vergebens, und daß sie uns verloren gegangen sei, daran ist nicht zu denken. Es nützt auch nicht viel, nach Gründen zu

Digitized by Google

suchen, weßhalb Justinian die so nahe liegende völlige Verschmelzung beider Institute nicht deutlich proclamirt hat. Es die Eilfertigkeit der Compilation, oder das Zurückschreckende der dadurch nöthig gemachten Interpolationen, oder endlich absichtliches aber nicht zu lobendes Festhalten am Alten daran Schuld genug es ist nicht geschehen, was freilich hätte geschehen können.

Für die Lehre von der **bonorum possessio** in ihrem Gegensatz zur **hereditas** ist also in den Justinianeischen Rechtsbüchern die Compilation der bisherigen Quellen durchaus das vorherrschende Element; das eigene Eingreifen des Kaisers durch ausdrücklich erklärte Veränderungen erscheint dagegen als sehr unbedeutend. Wir sind dadurch in die Möglichkeit versetzt, bei weitem klarer als in vielen anderen Lehren uns die Rechtszustände der früheren Zeiten zur Anschauung zu bringen, aber wir sind auch ganz besonders hiezu verpflichtet, um für die Frage, was Justinian mit dem ganzen System der **bonorum possessio** zu seiner Zeit wollte und wollen konnte, sichere Antworten zu gewinnen. Von ganz besonderer Wichtigkeit ist uns vorzugsweise der Rechtszustand der vorhergehenden Kaiserzeit, denn da Justinian hauptsächlich nur die bisherigen Quellen sammelt, so muß er doch offenbar sich unmittelbar an das bisherige Recht haben anschließen wollen, und so habe ich es denn für unerläßlich gehalten, diese vorhergehende Kaiserzeit so genau als möglich zu untersuchen. Wir werden sehen, daß dadurch der Zustand der Justinianeischen Compilation in vielen Punkten sehr leicht und mit wenig Worten erklärt werden kann.

Indessen ist bei dieser Gestalt, welche unsere Lehre in **Corpus Juris** uns darbietet, bei der vorherrschend hervortretenden Sammlung des bisherigen Rechtes dennoch eine doppelte Möglichkeit des von Justinian Gewollten vorhanden. Er kann in der That ganz bei dem schon in der Kaiserzeit vorhandenen Rechte haben stehen bleiben wollen, nur mit den geringen Aenderungen, über die er sich ausdrücklich ausspricht. Er kann doch aber auch noch etwas ganz Anderes beabsichtigt haben. Es handelt sich hier um das System der **b. p.** als ein in sich zusammenhängendes geschlossenes und der **hereditas** gegenüberstehendes Ganzes. Das ist es, so sehr es sich auch der **hereditas** genähert hat, vor Justinian noch immer geblieben. Nun ist es

Digitized by Google

möglich, daß Justinian dieses geschlossene System der **b. p.** hat lösen wollen, daß er es für unnöthig hielt darüber eine eigene Constitution zu erlassen, und vielmehr durch Zusammenstellung einzelner Theile der **b. p.** mit den gleichartigen Lehren der **hereditas**, durch Titelüberschriften, durch Auslassungen, und durch die Worte der alten Juristen, die er offenbar in einem anderen Sinn genommen wissen wollte, seine Absichten über die Bedeutung der **b. p.** genügend verständlich gemacht zu haben meinte, ohne noch besonders das Wort darüber ergreifen zu brauchen.

Welche von diesen beiden möglichen Annahmen die richtige ist, haben wir nun im Einzelnen zu prüfen, aber es wird schon aus dem Gesagten einleuchten, auf wie schwankendem unsicheren Boden wir bei der ganzen Untersuchung stehen. Da wir so wenig Justinians eigene Worte zu interpretiren haben, und dennoch seinen Willen uns reconstruiren wollen, so sind jene Mittel, die wir dazu benutzen müssen, die Anordnungen der Lehren, die Weglassungen u. s. w. sehr schwache Haltpunkte, die einer Reihe von Zweifeln ungehinderten Spielraum lassen. Vielfach hat man allerdings Gründe, zu meinen, Justinian sei von dem bisherigen Rechte abgegangen, und dann stehen doch wieder solche Argumente entgegen, daß man kaum die Möglichkeit einer einfachen Lösung sieht, und leicht versucht werden kann, mit der Annahme sich zu beruhigen, Justinians Arbeiter hätten hier wohl selbst in Widersprüchen sich gedreht, und seien zu einer klaren Ansicht über die Stellung der **bonor. poss.**, der **hereditas** gegenüber, gar nicht durchgedrungen. Ein Resultat, das, wenn auch möglich, doch das am Wenigsten wünschenswerthe wäre, dem man, so lange als man irgend kann, sich gerne zu entwinden strebt. Es ist daher kein Theil des vorliegenden Werks, in dem ich über die zu fassenden Ansichten mehr und länger gezweifelt hätte, und es ist nur das dabei erfreulich, daß, was in diesem Buche etwa noch Schwankendes zurückbleibt, jedenfalls durch die Rechtsentwickelungen, auf die wir in dem folgenden Buche einzugehen haben, ausgeglichen und sicher gestellt wird. —

Ich muß aber gleich hier im Eingange hervorheben, daß wir zur Feststellung des Justinianeischen Rechtes allerdings mehr

Digitized by Google

Hülfsquellen besitzen, als man bei diesen überhaupt sehr v
nachlässigten Fragen bisher benutzt hat. Einestheils ist es u
sere Pflicht, nicht bloß aus den Theilen des **Corpus Juris**
schöpfen, in welchem Justinian die Sammlung des bisheri
Rechtes unternahm, also aus Institutionen, Digesten und C
der. Wir müssen damit zusammenhalten, wie Justinian
nachdem er in diesen drei Werken die früheren Rechtsquel
zusammengeordnet hat, dann in der Gesammtheit der Nov
len die Grund-Begriffe des Erbrechts uns vor Augen führ
Die Novellen sind für uns nicht bloß in der Weise wich
daß wir daraus einzelne Abänderungen der früheren Rech
bücher erkennen, sondern ebensosehr in dem, was sie gera
umgekehrt nicht ändern wollen, da offenbar, was Justinian
hier als feststehend voraussetzt, in den vorangegangenen Rech
büchern seinen Grund haben muß. So werden uns, da in
letzteren gerade Justinians eigene Worte uns so sehr mangel
die Novellen ein wichtiges Hülfsmittel sein, um den Sinn z
ermitteln, in welchem er die **bon. poss.** den Pandekten und
dem Coder einverleibte. Ein anderes nicht zu verschmähendes
Hülfsmittel zu einer lebendigen Anschauung des Justinianeischen
Rechtes sind nicht so sehr die Basiliken, als vielmehr die Basi-
likenscholiasten. Ich bin weit entfernt, denselben ein über-
mäßiges Gewicht beilegen zu wollen, aber Folgendes wird doch
der Unparteiische mir nicht abläugnen. Ich spreche hier nicht von
der Bedeutung, welche sie für die Textes-Critik des **Corpus Juris**
haben, sondern von ihren Expositionen über das damalige practische
Recht. Diese beweisen nun freilich nicht direct Justinians eigene
Absicht, aber sie haben doch wahrlich einen bedeutenderen Werth,
als die Ansicht irgend eines anderen, den Justinianeischen Zeiten
fern stehenden Interpreten. Es sind hier hauptsächlich vier Na-
men zu nennen, die in der Folge öfter werden erwähnt werden.
Thaleläus und sein Commentar über den Coder steht Justi-
nian am nächsten, Theodorus Hermopolitanus, dessen
Coder-Commentar und Breviarium der Novellen beide für
uns von Wichtigkeit sind, lebte wenigstens noch in dem-
selben sechsten Jahrhundert, in dessen Mitte Justinians Regie-
rung fällt. Stephanus, dessen weitläufigen Pandektencom-
mentar wir noch in vielen einzelnen Scholien wiedererkennen, war

Digitized by Google

der unmittelbare Schüler der Justinianeischen Juristen, und scheint durch diese sogar einzelne, wenn auch dürftige, aber mit andern ganz sicheren Nachrichten auffallend übereinstimmende Notizen vom vorjustinianeischen Rechte erhalten zu haben [1]). Der Anonymus endlich, dessen Pandektencommentar und dessen Buch *περὶ ἐναντιοφανιῶν* für uns in Betracht kommen, ist freilich später als Stephanus, aber seine vielfachen Zusammenstellungen des scheinbar sich Widersprechenden zeigen doch, daß er nicht fremd im Verständniß des **Corpus juris** war. Bei allen diesen Scholiasten läßt sich aus den Parallelstellen, die sie anführen, eine recht tüchtige Belesenheit in den Quellen wahrnehmen, und ich muß gestehen, daß ihre Expositionen, wenn gleich sie freilich von einer geistvollen und wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung des Rechts unendlich weit entfernt sind, dennoch auf mich den Eindruck eines viel gesunderen Sinnes gemacht haben, als eine große Zahl breiter und ganz verdrehter Darstellungen, welche von geachteten Namen des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts zu Tage gefördert wurden. Vergessen wir aber namentlich rücksichtlich der Bedeutung dieser Scholiasten Folgendes nicht. Wenn wir eigene Gesetze Justinians vor uns haben, die wir selbst nach ihrem wahren Sinne interpretiren können, so müssen dagegen freilich die Erklärungen der Scholiasten weit mehr zurücktreten. Wo solche aber, wie in der **b. p.**, fehlen, und es sich hauptsächlich nur darum handelt, in welchem Sinne Justinian das bisherige Recht recipirt habe, da tritt es mit viel mehr Bedeutung hervor, wenn wir wissen, wie die gleich folgende Zeit das Institut aufgefaßt hat. Gerade weil wir den Gesetzgeber nicht unmittelbar thätig durch Erlassung von Gesetzen eingreifen sehen, so liegt doch die Annahme

1) Es ist oben §. 79 Note 7 schon eine solche Stelle eines Scholiums, das wir wohl dem Stephanus zuschreiben dürfen, mitgetheilt worden. Eine andere ganz unläugbar richtige Erklärung der alten **b. p. sine re** wird in der Folge vorkommen. Ferner ist auch wohl die Erzählung über die Veranlassung des sg. **SC. Juventianum** (**ad Bas. XLII. 1. l. 20. Heimb. IV. p. 209**) keine aus der Luft gegriffene, und aus Justinianischen Quellen ist sie doch, so viel ich weiß, nicht zu entnehmen. Zachariä von Lingenthal (Richterſche Jahrb. **XI.** Bd. 1812 S. 485) spricht dem Stephanus alle Kenntniß des vorjustinianeischen Rechtes ab.

Digitized by Google

am Nächsten, daß er mit den Ansichten seiner Zeit, (also namentlich der damaligen Juristen) übereingestimmt haben werde, und in diesen Ansichten kann wahrlich bis zu den Scholiasten, die wir besitzen, noch keine große Veränderung eingetreten sein. So werden wir denn in vielen einzelnen Punkten es bestätigt finden, daß das, was sie sagen, ganz offenbar Justinians eigene Absicht war, und dies berechtigt uns auch in anderen Punkten, wo Justinians Wille nicht so klar zu ersehen ist, ihnen zu trauen. Freilich dürfen wir dabei die vorsichtige Prüfung nie außer Augen setzen, wir dürfen nie den Scholiasten folgen, wo die Justinianeische Compilation Gegengründe an die Hand giebt, und so werden wir auch namentlich in einem wichtigen Punkte wo wir fester, als in anderen, auf Justinians eigene Worte fußen können, die Ansicht der Scholiasten für späteren Irrthum erklären müssen.

Nach diesen Vorbemerkungen über die Grundsätze, nach denen sich unsere Untersuchung zu richten hat, möge hier nur kurz die Anordnung des Folgenden angedeutet werden. Ich stelle in diesem ersten Kapitel die allgemeinen Principien, nach denen die **bon. possessio** in der Justinianeischen Compilation behandelt worden ist, zusammen. Es wird dabei stets das, was die Compilation uns darbietet, mit den Resultaten der vorhergehenden Kaiserzeit zusammengehalten, und daraus erklärt werden; und es soll dann immer auch eine Vergleichung mit den Ansichten der Scholiasten und die Untersuchung, ob sie mit dem vermuthlichen Willen Justinians übereinstimmen oder nicht, ihren Platz finden. In dem zweiten Kapitel haben wir genauer auf die Reception der einzelnen Theile der **b. p.** einzugehen.

I. Begriff der bonor. poss. unter Justinian.

§. 150. Es bedarf wohl keiner weitläuftigen Beweisführung, daß Justinian durchaus an dem Begriff der **bon. poss.** festhält, wie er sich in der Kaiserzeit entwickelt hatte, d. h. das Prätorische Recht ist ebenso wie das Civilerbrecht eine definitive Universalsuccession. Die Bedeutung des Fingirten in der **b. p.** hatte sich ganz verloren, es war ebenso directes Erbrecht

Digitized by Google

geworden wie das Civilrecht, nur daß Beide noch verschiedenen Regeln der Delation und Acquisition unterworfen waren, und deßhalb trotz der Gleichheit des Begriffs nichts desto weniger nicht zusammenfielen. In der klassischen Juristenzeit war in der That zwischen **hereditas** und **bonorum possessio** der Unterschied, wie es die Worte Erbe und Besitzer des Erbrechts mit sich führen. Zu Justinians Zeit ist zwischen Beiden kein anderer Unterschied, als es die Worte Civil- und Prätorischer Erbe anzeigen. Die Bezeichnung Erbe, und alle darin liegenden Befugnisse der definitiven Universalsuccession, gelten für Beide ganz gleichmäßig. Beide erhalten das wahre **dominium** an den Erbschaftssachen, treten mit ganz gleichen Rechten und Pflichten in die **activa** und **passiva** der Erbschaft ein. Vom Justinianeischen Standpunkte aus ist daher **fr. 1 de b. p.** ganz wortgetreu zu nehmen: **bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit; nam haec omnia bonis sunt conjuncta.** Dies **tribuere** ist nicht bloß ein Verleihen zur Ausübung, sondern eine Verleihung des vollen Rechtes, und so haben wir die Worte des **fr. 2 cod: in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur** ganz in dem Sinne zu nehmen: „die Berechtigungen derer, welche die **hereditas** und die **bon. possessio** erworben haben, stehen sich völlig gleich".

So stellen es denn auch die Basilikenscholiasten dar. Sie nennen den **bonorum possessor**: *πραιτώριος διάδοχος*; und *διαδοχὴ* hat gerade jenen Mittelsinn, wie das Lateinische: **successio**, welches im Sinn von definitiver Universalsuccession die **hereditas** (*κληρονομία*) und **bonorum possessio** (*διακατοχὴ*) in sich faßt. Die Scholiasten berufen sich insbesondere, um zu beweisen, daß **hereditas** und **bonorum possessio** auf ganz gleicher Stufe stehen, auf jene bekannten Stellen in den beiden letzten Pandektentiteln (**fr. 119. 138. 170. 178 § 1. 208. de verb. sign. fr. 117 de regul. jur.**), sie drücken sich so aus: der **bonorum possessor** sei eigentlich kein **heres** (d. h. kein Civilerbe), aber in anderen Stellen werde doch die **bonorum possessio** auch wirklich **hereditas** genannt. Und darin

Digitized by Google

liegt denn die stillschweigende Folgerung, daß beide in Beziehung auf die Berechtigung sich völlig gleich stehen [1]).

II. Ausmerzung der bon. poss. sine re.

§. 151. Da schon in der Kaiserzeit die b. p. sine re ganz hinweggefallen war, so verstand es sich von selbst, daß bei der Compilation der klassischen Juristen in den Pandekten die Spur derselben ganz verwischt werden mußte. Ich glaube nach den Beweisführungen des vorigen Buches mich hier nicht weiter darauf einlassen zu brauchen, daß nicht erst Justinian durch diese Exstirpirung der b. p. sine re dieselbe aus dem praktischen Leben getilgt hat [1]), sondern daß er nur aus den praktisch anwendbaren Rechtsquellen das strich, was schon Jahrhun-

---

1) Ich werde in der Folge, wo die Griechischen Worte nicht von besonderem Interesse sind, die Basilkenscholiasten in der Heimbachschen lateinischen Uebersetzung mittheilen. Man sehe: Schol. ad Basil. XL. I. l. 2 (Heimb. IV. p. 50): Praetorius enim successor non dicitur esse ex heredibus, ut in textu tit. 9 lib. 3 Institutionum. In cap. autem 138 et 170 tit. 16 lib. 50 etiam bon. poss. hereditatem appellat. Similiter autem his, quae hic posita sunt, dig. 116 tit. 17. tit. 50. — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 193.): Anonymus. Bonorum possessor est praetorius successor, hoc est, qui bon. poss. petit. Nam vice heredis est, ut lib. 37 tit. 1. dig. 2. Proprie heres tantum est, qui ex lege XII. tabularum vel constitutione vel Scto vocatur. Qui autem a Praetore vocatur, bonorum possessor dicitur, ut in textu tit. 9. lib. 3. Institutionum. — Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 20 (Heimb. IV. p. 210). Stephanus (!). bonorum possessores, id est, praetorios successores. — Schol. ad B. XLII. 1. l. 50. (H. IV. p. 233.) Anonymus. Tam bonorum possessionis quam hereditatis nomen juris est, ut lib. 37. tit. 1. dig. 3. et lib. 50. tit 16. dig. 119. 178 them. 2. (muß heißen 1.) et dig. 208. — Schol. ad B. XLII. 3. l. 2. (H. IV. p. 252.) *Κληρονόμος ἐστιν ὁ κατὰ τὸν δυωδεκάδελτον, ἢ ἕτερόν τινα νόμον, ἢ τὰς διατάξεις· βονόρουμ ποσσέσσωρ ὁ κατὰ τὸν πραίτωρα.* Es fehlt hier ganz das Substantiv, das aber offenbar für Beide dasselbe, nämlich *διάδοχος*, sein soll. — Corrupt ist wohl Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (H. IV. p. 475.) *καὶ ἡ διακατοχὴ* (Heimbach setzt mit Recht statt dessen *διαδοχὴ*) *γὰρ αὐτοῦ κληρονομία εἶναι πιστεύεται.*

1) So nimmt es Hugo R. G. S. 607. u. 1128, und so wird es auch wohl die Mehrzahl der heutigen Schriftsteller meinen, obgleich von

Digitized by Google

derte lang, als ein veraltetes Institut, in den Schriften der Römischen Juristen ein überflüssiger Gegenstand war. Wir haben hier nur noch zu erwähnen, was trotz der beabsichtigten Streichung dieser Lehre, die, als sie noch galt, die ganze **b. p.** zu einem so wesentlich andern Institute machte, wie sie später war, dennoch als ein übersehener Ueberrest derselben in der Justinianeischen Compilation sich noch vorfindet. Daß man in den Pandekten Ausdrücke stehen ließ, die auf die **b. p. cum re** deuten, kann uns freilich nicht wundern, und noch weniger für ein Versehen erklärt werden, denn was man früher **b. p. cum re** nannte, war ja eben der noch gültige Theil der **b. p.**, und so stört es nicht im Mindesten, wenn wir in einzelnen Stellen die Ausdrücke **rem obtinebit, res possessori concedenda est** lesen [2]). Aber jene eigenthümliche **b. p. sine re**, die durch Prätorisches **imperium** hingestellte Repräsentation des **heres**, die bis zum Auftreten desselben mit der **her. pet.** nach allen Seiten hin eine wirksame interimistische Universalsuccession war, diese gab es nicht mehr, und es können alle Spuren derselben in der Justinianeischen Compilation nur für Versehen erklärt werden. Diese hervorzuheben ist von besonderem Interesse, es sind, so viel ich zu sehen vermocht habe [2a]), folgende drei:

1) Von dem ersten Punkte ist schon oben theilweise die Rede gewesen [3]). In **fr. 95 §. 8 de solut.** heißt es:

> **Si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, quantum, si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem, non potest dici fidejussorem liberari; neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo evincitur hereditas.**

Der Sinn der Stelle ist einfach. Der Jurist denkt sich einen

der so wichtigen Frage, wann die b. p. sine re verschwunden sei, wenig die Rede ist.

2) Hugo führt einzelne hiehergehörige Stellen an. R. G. S. 611 Note 7. s. ferner fr. 5 pr. de b. p. sec. tab. und oben §. 76 Note 10. §. 103 Note 7 — l. 25 C. de inoff. test. gehört nicht hieher. s. §. 127 Note 9a.

2a) Man hat sich bisher nicht die Mühe gegeben, danach zu forschen.

3) §. 147. Note 1 u. 2.

Digitized by Google

evincirenden **heres**, und fragt, ob der Creditor aus der Erbschaft, die er selbst besitzt, sich bezahlt machen könne. Er verneint dies, wogegen er sagt, wenn der Besitzer der Erbschaft ein Anderer, und zwar ein **bonorum possessor** sei, so liberire dieser den **heres**, wenn er den Creditor bezahle.

Dieser Satz ist für die alte **b. p. sine re** vollkommen natürlich, er ergiebt sich aus der interimistischen Repräsentation, die der Prätor bei der **b. p.** gerade vorzugsweise beabsichtigte. Dagegen bei einem sonstigen Erbschaftsbesitzer, auch dem **bonae fidei possessor**, konnte man, wie dies die schon oben angeführten Stellen ergeben, denselben Satz nicht gelten lassen. Den Grund davon hebt **fr. 31 pr. de her. pet.** hervor: **Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso jure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat.** Der **possessor hereditatis** also zahlt in eigenem Namen aus, während der **bon. possessor** doch immer denken muß, daß ein **heres** ihm die Erbschaft abfordern könne, und er in dessen Namen die Erbschaft regulire. Freilich wird es nun auch beim **possessor hereditatis** praktisch auf dasselbe Resultat zurückgeführt, er kann die Zahlung dem **heres** anrechnen, aber dies geschieht nur durch Umwege, wie aus **fr. 31. cit.** weiter zu ersehen ist, während der **bon. possessor ipso jure** den **heres** liberirt hatte, und es sich also ganz von selbst versteht, daß er das Gezahlte berechnen kann.

Daß nun in die Justinianeische Compilation und im heutigen Recht nur die vom **possessor hereditatis** handelnden Stellen passen, braucht wohl nicht weiter ausgeführt zu werden. Eben so läßt es sich auch wohl kaum rechtfertigen, daß man das oben schon erklärte **fr. 26 §. 11 de cond. ind.** aufgenommen hat, indem die Argumentation, auf der es ruht, nicht mehr zulässig ist. Es handelt sich hier von dem umgekehrten Falle, wenn nämlich dem **bonorum possessor** gezahlt wird, und die Entscheidung des Juristen stützt sich, wie ich oben bereits entwickelt habe, wesentlich auf die Voraussetzung, daß dadurch allerdings der **debitor** liberirt werde [4]); nur wenn der **b. posses-**

4) Es ist ja auch gar nicht anders möglich. Der **bonorum possessor**

Digitized by Google

sor nicht defendirt, so kann er, falls er will, sein **debitum** zurückfordern. Beim **hereditatis possessor** aber, mag er **in bona** oder **mala fide** sein, ist es anders; hier wird erst durch die Restitution des Gezahlten an den **heres** der **debitor** liberirt [5]), es kann also bis dahin, auch wenn er die **hereditas** defendirt, zurückgefordert werden. Dies Letztere ist nun wieder das Justinianeische Recht.

2) Eine zweite sehr interessante Spur der **b. p. sine re** ist in **fr. 25 §. 2 de her. pet.** enthalten. Bei Gelegenheit des **praedo** wird gesagt, es komme nicht bloß sein **dolus praeteritus**, sondern auch seine **culpa** in Betracht, und daran ist der offenbar in allgemeinerem Sinn zu nehmende Satz geknüpft:

> **et ideo ab eo, qui ab alio non exegit, vel a semet ipso, si tempore esset liberatus, peti hereditatem posse.**

Es ist bekannt, daß diese Unterlassung der Eintreibung von Erbschaftsforderungen selbst dem **praedo** gar nicht allgemein zur Last gelegt wird, denn er hat ja keine Klage gegen Erbschaftsschuldner, und es wäre nur eine Erweiterung seiner **malae fidei possessio** gewesen, wenn er die Schuld eingetrieben hätte [6]). Nur wer eine Klage hat, und nun durch Nichtanstellung derselben in fahrlässiger Weise den Debitor liberirt werden läßt, nur der kann im Erbschaftsproceß dafür verantwortlich gemacht werden. Es leuchtet aber ein, daß unter diesen Gesichtspunkt ganz vornehmlich derjenige **bonorum possessor** zu stellen war, gegen den der **heres** die **hereditatis petitio** mit Erfolg anstellen kann, und daß also auch an diesen Ulpian bei jenen Worten besonders gedacht haben muß. Der **bonorum possessor** hat die **fictitiae actiones**, und wenn er nun

---

hatte, bis der heres ihm die Erbschaft abforderte, die fictitiae actiones, konnte also den Debitor sogar zur Zahlung zwingen, daher muß dieser doch auch, wenn er gezwungen oder gutwillig zahlt, liberirt worden sein.

5) fr. 31 §. 5 de her. pet.

6) fr. 31 §. 4 de her. pet. — Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit.

Digitized by Google

weiß, daß ein heres vorhanden ist, der ihm die Erbschaft abfordern kann, so ist er in culpa, wenn er den debitor nicht belangt, und dadurch dieser tempore liberirt wird.

Vergleichen wir nun, was der Basilikenscholiast (wahrscheinlich Stephanus) über diese Stelle sagt [7]):

> **Hoc olim quidem tractabatur in bonorum possessione sine re** (ἐπὶ τῆς σὶνε ρὲ διακατοχῆς), **ubi possessor bonorum possessionem sine re petens hereditarias actiones intendere poterat.**

Wir finden hier also nicht bloß die b. p. sine re erwähnt, sondern auch eine vollkommen richtige Charakteristik derselben. Der Scholiast trifft durchaus den Punkt, auf den es hier lediglich ankommt. Der Besitzer der Erbschaft muß eine Klage gegen den debitor haben, nur dann kann ihm die Unterlassung der Eintreibung als culpa zugerechnet werden. Zugleich aber zeigt die Stelle, daß man damals sich durchaus bewußt war, die b. p. sine re sei ein ganz unpraktisches Institut, und was sich in der Compilation darauf Bezügliches vorfinde, müsse jetzt auf etwas Anderes bezogen werden. Der Scholiast fährt nämlich folgendermaßen fort:

> **Hodie vero dicas, hoc nos intelligere de eo, cui et sine mandato agere licet, de quo didicisti titulo de procuratoribus partis primae Digestorum, dig. 35, vel de eo, qui hereditatem defendit, id est, qui satisdedit judicatum solvi: tunc enim actiones hereditarias, quae temporales essent, intendere poterat, et quum eas intendere posset, merito ei imputatur, cur eas non intenderit.**

Ich kann hier nicht weiter daruf eingehen, in wie weit diese beiden Erklärungen passend substituirt seien.

3) Die dritte Hindeutung auf die b. p. sine re ist in fr. 11 pr. de her. pet. aufbewahrt. Man nannte in der Kaiserzeit nur den noch bonorum possessor, welcher nach früherer Ausdrucksweise b. p. cum re hat, oder, wie man jetzt sagte,

---

7) Schol. ad Basil. XLII. 1. l. 25. (Heimb. IV. p. 217. Nr. 5). — Hiernach ist also zu berichtigen, was Hugo R. G. S. 611 in Uebereinstimmung mit Biener bemerkt, daß in den Scholien die b. p. sine re nicht vorkomme.

Digitized by Google

den **praetorius successor**, d. h. den, welcher, weil ihm kein Anderer vorsteht, definitives Erbrecht hat. Also man durfte nicht mehr sagen, die **her. petitio** könne gegen den **bonorum possessor** geltend gemacht werden. Denn dann denkt man sich doch den, welcher die Klage anstellt, als den zur Erbschaft Nächstberechtigten, mithin kann nun der Beklagte nicht ein wahrer **bonorum possessor** heißen, sondern höchstens einer, der sich fälschlich für den **praetorius successor** hält, und auch allenfalls nach vorgängiger Agnition schon mit dem **Int. quor. bon.** gesiegt hat. Nichtsdestoweniger steht in der angeführten Stelle:

> **Pro herede possidet** (also gegen ihn geht die **her. pet.**), **qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere.**

Es unterliegt keinem Zweifel, wie zu Ulpians Zeiten dies zu verstehen war. Ein **b. possessor**, dem der **heres** die Erbschaft evinciren kann, ist eben ein **bon. possessor sine re**, aber er gehört zu den **pro herede possessores**, obgleich, wenn er weiß, daß ein **heres** vor ihm steht, er auch zugleich weiß, daß er selbst nicht **heres** ist (s. Bd. I. S. 231. Note 8 u. 9). Von Justinians Standpunkt aber ist die Stelle offenbar anders zu verstehen, es geht die **her. pet.** nur noch gegen den **qui putat se bonorum possessorem** oder **praetorium successorem esse**, d. h. die **successionis vindicatio** des Nächstberechtigten (der ja ein **successor ex jure civili** oder **praetorio** sein kann) geht gegen alle Besitzer, welche sich (und zwar irrthümlich) entweder auf Civilrecht oder Prätorisches Recht stützen (**qui putant se heredes vel bon. possessores esse**), deren Antretung aber (**her. aditio** oder **b. p. agnitio**) wegen des vor ihnen Stehenden gar keine Bedeutung hat, als höchstens daß sie, wenn die Wahrscheinlichkeit anfangs für sie sprach, provisorisch mit dem **Int. quor. bon.** hatten siegen können.

Die Richtigkeit dieser **duplex interpretatio** folgt, wie mir scheint, mit Nothwendigkeit aus den Darstellungen des

Digitized by Google

vorigen Buches; sie wird nun aber auch vollkommen durch den Basilikenscholiasten bestätigt, der die Stelle folgendermaßen erklärt:

> **ad Bas. XLII. 1. l. 11 (Heimb. IV. p. 193) Etiam bonorum possessor, hoc est praetorius successor, sive: qui se putat praetorium esse successorem, aut fingit et dicit, se praetorium esse successorem, puta vel emancipatum vel cognatum defuncti pro herede videtur possidere, et merito convenitur hereditatis petitione** 8).

III. Anerkennung der hereditatis petitio possessoria.

§. 152. Ich habe im dritten Buche nachgewiesen, daß schon seit Diocletians Zeiten jedem zur Succession Gerufenen, mogte es ein **successor ex jure civili** oder **praetorio** sein, die **successionis vindicatio** zur Seite stand. *Justinian* mußte nothwendig dies auch in seiner Compilation anerkennen, und so war es denn sehr natürlich, daß er auch in den Pandekten jenen besonderen Titel über die **her. pet. possessoria** aufstellte. Selbst daß er diesen Namen für den früher gebräuchlichen: **successionis vindicatio**, erst erfand, ist kaum zu glauben. Es ist doch so natürlich, daß, wie man den **successor ex jure civili** und den **praetorius successor** einander gegenübersetzte, man ebenso auch die Beiden zustehende **hereditatis petitio** schon vor Justinian als **civilis** (oder **petitoria**) und **praetoria** (oder **possessoria**) bezeichnete (s. Note 1. u. 2.).

Ebenso wie die **hered. petitiones** gegen den gerichtet werden, **qui se putat heredem vel bonorum possessorem esse**, so müssen sie auch dem zustehen, der in Wahrheit **heres**

---

8) Ebenso ad Bas. XLII. 1. l. 20. (Heimb. IV. p. 210) **Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existimassent, tamen et si bonorum possessores, id est, praetorios successores, cognatos forte, se existiment, vel alios justos successores ..... Sivi igitur heredes se existiment, sive bonorum possessores, sive alios justos successores, sive fideicommissarios universales, in his omnibus Sctum locum habet.** Dies ist eben der ganze Kreis der **pro herede possessores.**

Digitized by Google

oder praetorius successor ist, sie sind nothwendige Klagen zur Schützung des definitiven Erbrechts [1]). Sie bilden eigentlich eine einzige Klage, nur formell wegen der Verschiedenheit der Quelle, auf der sie ruhen, getrennt [2]). Wer damit durchdringen will, muß der Nächstberechtigte nach der Reihenfolge der Erbklassen sein, und die civile oder Prätorische Erbantretung vorgenommen haben [3]). Alsdann ist die Antretung aller Uebrigen entfernter Stehenden eine ganz bedeutungslose Handlung, und ebendeßhalb nennt man einen solchen, der die b. p. unnütz agnoscirt hat, jetzt ebensowenig bonorum possessor oder praetorius successor, als man von jeher den, welcher in einer entfernteren Civilklasse stehend die her. aditio vornahm, heres genannt hat.

IV. Die Delations- und Antretungsregeln des Prätorischen Erbrechts und ihr Verhältniß zum Civilrecht.

§. 153. Bis hieher ist alles Gesagte einfach und ohne Schwierigkeiten. Es wird wohl Niemandem, der nur etwas genauer in die Sache einzudringen weiß, zweifelhaft sein, daß in den bisher besprochenen drei Punkten das Recht der vorjustinianeischen Kaiserzeit, Justinians eigener Wille, und die Darstellungen der nachjustinianeischen Juristen sich vollkommen gleich sind. Wir können dies auch so ausdrücken: das civile und Prätorische Erbrecht ist, sobald es erworben ist, in

---

1) Schol. ad Bas. XLII. 2 l. 14. (Heimb. IV. 251) *Αὗται αἱ κεφαλαιώδεις πετιτίονες, ἡ πετιτορία ἥ τε ἐν τότουμ καὶ ἡ παρτιαρία, καὶ ἡ ποσσεσσορία ἀναγκαῖαι εἰσι. φιδεικομμισσαρίαν τινὲς μὲν οὐκ ἀναγκαίαν εἶναι εἰρήκασιν*, etc.

2) Schol. ad Bas. XLII. 2 l. 11 (Heimb. IV. 250) f. ferner Schol. ad Bas. XLII. 1. ad tit. (Heimb. IV. p. 184) Cognatis enim datur quidem hereditatis petitio non tamen civilis (*πολιτικὴ*) sed praetoria (*πραιτωρία*).

3) Schol. ad Basil. XXXIX. 1. l. 6. in fin. (Heimbach IV. p. 8) Quomodo enim agere poterit hereditatis petitione, nisi prius sibi jus hereditatis comparaverit vel ex jure civili vel ex praetoria jurisdictione. (*μὴ κατασκευάσαντα πρότερον ἑαυτῷ δίκαιον κληρονομίας ἢ ἀπὸ πολιτικῆς νομοθεσίας, ἢ ἀπὸ πραιτωρίας δικαιοδοσίας*).

Digitized by Google

Beziehung auf die daraus fließende definitive Erbberechtigung durchaus zusammengeschmolzen. Wir gelangen jetzt aber zu zwei anderen Fragen, für deren Beantwortung sich vielerlei Zweifel erheben. Ist auch rücksichtlich der Antretung selbst und der Möglichkeit derselben (d. h. der Delation) das civile und Prätorische Recht ganz gleich gestellt worden? Und welche Voraussetzungen bestehen in der Justinianeischen Compilation für die Geltendmachung der provisorischen Rechtsmittel auf Besitz der **corpora hereditaria**, welche, als Ueberrest des in der alten **b. p.** liegenden possessorischen Elementes, die spätere Kaiserzeit sich in der **missio Hadriana** und dem **Int. quor. bon.** bewahrt hatte?

Der Zustand der Quellen, die für diese beiden Fragen in Betracht kommen, bringt es mit sich, daß wir ihre Untersuchung in Eins verbinden, und es muß als Einleitung für das Justinianeische Recht hier nochmals kurz zusammengestellt werden, was wir als das Recht der Vorjustinianeischen Kaiserzeit erkannt haben.

Die Antretungsform des Civilrechts (**her. aditio**) und die des Prätorischen (**bonorum possessionis agnitio**) hatten sich freilich sehr genähert, aber völlig ausgeglichen wurden sie doch nicht. Es war immer der Unterschied, daß Letztere eine Erklärung vor dem Richter sei, während dies bei den Ersteren freilich häufig, aber doch nicht nöthig war. So blieb denn auch die Berufung getrennt, die der **b. p.** geschieht innerhalb einer bestimmten Frist, welche von da an läuft, wo eine etwa vorhergehende Klasse weggefallen ist. Und wenn es auch mit Einhaltung dieser Frist nicht streng genommen wurde, und man jedenfalls auch schon vor dem Wegfallen der vorhergehenden Klasse agnosciren konnte, so war doch eben die allgemeine Regel, daß der Berufene in einer bestimmten Frist stehe, und daß in diesen Fristen den Erbklassen nach einer bestimmten Reihenfolge deferirt werde (**successorium edictum**), noch immer vorhanden. Wen aber nicht bloß der Prätor, sondern auch das Civilrecht rief, der konnte durch Zeitablauf freilich vom Prätorischen, nicht aber vom Civilrechte (als höchstens durch das **spatium deliberandi**) ausgeschlossen werden, ja auch wenn er ohne anzutreten wegfiel, fand gar nicht immer eine neue civilrecht-

Digitized by Google

liche Berufung Statt. Es wurde also beim Vorhandensein eines näheren Civilerben nur nach Prätorischem Rechte weiter deferirt, aber die Agnition der folgenden Klasse gewährte nur Erbrecht, wenn die Adition des Civilerben ganz unterblieb, und abgesehen davon konnte sie höchstens die Folge haben, daß der später Stehende einstweilen in den Besitz der **corpora hereditaria** kam.

Für dies Recht aber auf provisorischen Besitz der **corpora hereditaria**, die schon von Anderen ergriffen worden waren, bestand allgemein die Pflicht, daß man den Richter in bestimmter Frist angehen müsse. Der testamentarische Erbe mußte in einem Jahre die **missio Hadriana** erbitten, alle übrigen Klassen bedurften zur Geltendmachung des Interdicts der Agnition in der Prätorischen Frist. Mit Ablauf dieser Frist war den rein Prätorischen Klassen auch überhaupt ihr petitorisches Erbrecht entzogen, während die auch vom Civilrecht gerufenen Klassen nur das provisorische Rechtsmittel verloren. War aber aus irgend einer Klasse Jemand provisorisch in den Besitz gesetzt, so konnten dann Andere, die Ansprüche auf die Erbschaft machten, nur noch mit der **successionis vindicatio** auftreten [1]). —

---

1) Man könnte aus der Erlaubniß **inter alienas vices** zu agnosciren für das Interdict Folgendes ableiten wollen. Es habe nun alsbald eine ganz späte Klasse (z. B. vir et uxor) b. p. erbitten, und dann auch sogleich, wenn frühere Erbberechtigte vorhanden aber noch nicht aufgetreten waren, gegen dritte Besitzer mit dem Interdict siegen, dadurch aber doch auf die Erbberechtigten der früheren Klasse die Einwirkung äußern können, daß diesen (weil mehrfache possessorische Processe hintereinander nicht möglich sind §. 147 Note 4) das Interdict entzogen wäre, und nur noch die her. pet. übrig bliebe. Dies würde aber ganz unrichtig sein. Die Agnition **inter alienas vices** heißt nur, daß man seine Antretungshandlung im Voraus vornehmen, nicht aber daß man den vorhergehenden Klassen dadurch ihr Recht entziehen kann, denn das **successorium edictum** ist dabei vollkommen bestehen geblieben. Jene Agnition **inter alienas vices** hat nur Bedeutung, wenn nicht hinterdrein eine näherstehende Klasse in der für sie laufenden Frist agnoscirt hat. Also in Folge der verfrühten Agnition kann das Interdict erst angestellt werden, wenn die vorhergehenden Fristen auch wirklich abgelaufen sind, oder man beweist, daß in den vorhergehenden Klassen Niemand vorhanden sei. Dieser Beweis ist also mit anderen Worten vom Acte der Agnition,

Digitized by Google

Stellen wir diesem nun gleich die unzweifelhaften Grundelemente gegenüber, welche für unsere beiden Fragen das Justinianeische Recht uns darbietet.

1) Die **hereditatis aditio** ist von Justinian in der Gestalt des späteren Kaiserrechtes recipirt worden. Es ist eine in keine bestimmte Zeit eingeschlossene Handlung, die der Gegenwart des Richters nicht nothwendig bedarf. Die Titel der Digesten **de acquir. vel om. hered.** und des Codex **de jure deliberandi et de adeunda vel acq. her.** zeigen dies schon zur Genüge, und die eigene Gesammtdarstellung Justinians in §. 5 ff. **I. de hered. qual. et differentia** läßt darüber keinen Zweifel. Ebensowenig ist es aber auch einem Bedenken unterworfen, daß er die Delationsregeln der **b. p.**, wie sie das **successorium edictum** enthält, sowie die Fristen und die Agnitionsform der späteren Kaiserzeit recipirt. Die Titel der Pandekten **de success. edicto**, des Codex **qui admitti ad b. p.**, und die eigenen Worte Justinians in §. 8 u. ff. **I. de bon. poss.** bürgen dafür.

2) Daß Justinian auch die Mittel einer provisorischen Besitzergreifung der **corpora hereditaria**, so wie sie in der Kaiserzeit bestanden, aufnehmen wollte, hat die bei Weitem überwiegenden Gründe für sich. Die **missio Hadriana** hat er durch ein eigenes Gesetz genauer regulirt, und daß er auch das **Int. quor. bon.** bestehen lassen wollte, zeigt die Aufnahme mehrer Digesten- und Codexstellen, nach welchen es denn auch nicht zweifelhaft ist, daß die Agnition der **b. p.** die Vorbedingung des Interdictes blieb [2]). Ferner will Justinian offenbar, daß auch jeder Civilerbe **b. p. sec. tab., unde legitimi, und quibus ex legibus** agnosciren könne, um an den Vortheilen der

---

wobei er früher geliefert werden mußte (Bd. 1. S. 103), in den Interdictsproceß verlegt worden, wie das ja mit den übrigen Bescheinigungen, die dem Prätor zu liefern waren, auch geschehen ist.

2) fr. 1 pr. quor. bon. — Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est etc. l. 1 C. quor. bon. „non aliter possessor constitui poteris, quam si te — ad bonorum possessionem admissum probaveris.“ l. 2 C. eod. „recte petita bon. possessione.“ Theophilus ad l. de Interdict. §. 3.

Digitized by Google

Prätorischen Succession (und das ist ja gerade das Interdict) Theil zu nehmen [3]). —

Schon diese allgemeinen Sätze scheinen uns auf die Ansicht zu führen, daß Justinian in der Stellung der **bon. poss.** zur **hereditas**, wo nicht besondere Ausnahmen vorliegen, nichts vom bisherigen Rechte verändert habe. Daß er die **bon. poss.** überhaupt in die Compilation aufnahm, hat sie natürlich, wenn Justinians entgegengesetzter Wille nicht ersichtlich ist, keineswegs zu Civilrecht erhoben und der **hereditas** gleich gemacht. Es ist dies ebenso, als die oben schon im §. 118 besprochene Frage, ob durch die einzelnen bestätigenden Kaiserconstitutionen die **bon. poss.** den Charakter des Civilrechts erhalten hätte. Man kann dies immerhin zugestehen, denn es versteht sich von selbst, daß seit Justinian die Sätze des Prätorischen Erbrechts ganz dieselbe bindende Kraft haben sollten, als die des Civilrechts. Aber wenn nun Justinian für beide Systeme ganz unverändert die Regeln der Delation wie der Acquisition, durch die sie sich bisher geschieden hatten, recipirt, so ist es doch klar, daß die Reception in einem und demselben Rechtsbuche die Stellung beider Lehren gegeneinander gar nicht verändert hat, daß sie sich fernerhin in dem **Corpus juris** gerade so unterscheiden, wie sie früher unter dem Namen des civilen und Prätorischen Rechts einander gegenüber gestanden hatten.

Eine innere Verschmelzung beider Lehren könnte nur darin liegen, wenn Justinian sowohl die Klassen des civilen wie des Prätorischen Rechtes unter dieselben Regeln der Delation und Acquisition gestellt hätte; also wenn er für die Berufung *aller* Erbberechtigten entweder die Regeln des Civilrechts oder die des **successorium edictum**, für die Antretung entweder die **hereditatis aditio** oder die **bon. possessionis agnitio** allgemein gemacht hätte. Zu der inneren Einheit wäre es nöthig, daß Justinian sich ganz für die Delations- und Acquisitionsregeln des einen von beiden Systemen entschieden, und in Folge dessen die Spuren des anderen völlig vertilgt hätte. So schwer war das gar nicht durchzuführen, er brauchte (ganz mit Beibehaltung des Namens **bon. possessio** nur zu sagen, jeder

3) §. 1. 7. 10. 1. de bon. poss.

Digitized

bonorum possessor könne wie ein **heres** durch **her. aditio** oder **pro herede gestio** und ohne Einschränknng in eine bestimmte Frist die Erbschaft erwerben.

Statt daß wir aber einer diesem Gegenstande gewidmeten Constitution begegneten, finden wir nicht bloß, wie vorher bemerkt wurde, die Delations- und Acquisitionsregeln beider Systeme gleichmäßig anerkannt, sondern es scheint auch Justinian ganz absichtlich, da wo wir ihn selbst sprechen hören, nämlich in den Institutionen, beide Systeme von einander zu trennen. Er sagt im §. 7. I. de her. qual. et differ.

> **Item extraneus heres testamento institutus, aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri.**

Es sind hier gerade die beiden Klassen des damaligen Erbrechts hervorgehoben, welche dem Civilrecht angehörten, und so scheint denn auch das **argumentum a contrario** zulässig, daß für die übrigen Klassen, welche Prätorischen Ursprungs waren, (die **b. p. contra tab., unde liberi, unde cognati** und **unde vir et uxor**), die angegebenen Grundsätze der **her. aditio** und **pro herede gestio** nicht gelten sollten.

§. 154. Die im vorigen § angeführten Gründe scheinen allerdings Gewicht zu haben, und so erklärt es sich, daß die Bearbeiter des Röm. Rechts von jeher und bis in die neuesten Zeiten vorherrschend der Ansicht beigetreten sind, die **bon. possessio** finde sich in Institutionen, Pandekten uud Codex als ein geschlossenes der **hereditas** gegenüberstehendes Ganzes. Wer in einer Prätorischen Erbklasse gerufen sei, müsse, um Erbe zu werden, nothwendiger Weise **b. p.** agnosciren, (s. g. **bon. poss. necessaria**) und dieser Satz trete nur deßhalb so sehr zurück, weil Justinian in der Novellengesetzgebung die meisten Prätorischen Erbklassen (**contra tabulas** und die ersten drei Intestatklassen) aufgehoben habe. Die alte Nothwendigkeit der Agnition bestehe daher nur noch in einigen singulären Fällen, wo die testamentarische Succession nicht auf Civilrecht ruhe, und bei der **b. p. unde vir et uxor** [1]).

1) Ich will hier nur einige Schriftsteller der neueren Zeit citiren, das

Digitized by Google

Indessen kann nicht verkannt werden, daß dieser Auffassung weit gewichtigere Gründe entgegenstehen. Wenn wir die Constitutionen Justinians im Coder (vor und nach Abfassung der Institutionen) durchlesen, so finden wir darin so gar keine Spur von einer Verschiedenheit der Antretung für die Prätorischen und Civil-Klassen, daß wir uns des Gedankens gar nicht zu erwehren vermögen, Justinian habe unmöglich in den Institutionen selbst die Agnition für ein nothwendiges Requisit der Prätorischen Klassen erklären können. In dieser Hinsicht sind namentlich von Interesse die **l. 14 und 15 C. de legitim. her.**, in welchen Justinian ausdrücklich erklärt, er wolle gewisse Personen aus der Prätorischen Cognatenklasse in den vorhergehenden **gradus** der Agnaten herüberziehen, (**tanquam si omnes legitimo jure veniant, legitimo jure hereditatem adipisci sanximus, legitima successione digni reperti**). Aber als Vergrößerung ihres Rechtes wird darin nur diese Voranstellung in eine frühere Klasse hervorgehoben, daß sie nun auch an den Vortheilen einer einfacheren Erbantretung Theil hätten, davon ist gar nicht die Rede. Und auch die Art, wie Justinian von der Succession der einen Klasse auf die andere spricht, läßt gar nicht recht einsehen, wie dabei noch die Zeitfristen des **successorium edictum** zur Anwendung kommen könnten. Er faßt sie offenbar so auf, daß nur wenn der vorhergehende **gradus** ausgeschlagen hat, (nicht aber wenn dessen Zeit abge-

---

Weitere auf das fünfte Buch versparend. v. Löhr Magazin III. S. 346. Thibaut Pand. 8. Aufl. §. 825. Mühlenbruch Pand. III. §. 620 am Ende. Puchta Pandekten §. 451. am Ende. — Hugo R. G. S. 1127. faßt es anders auf: In den Institutionen sei die b. p. noch durchaus anerkannt, indem Justinian die Intestatklassen auf vier reducirt habe. Bei einigen neuen Einrichtungen aber scheine die Agnition vergessen zu sein (Hugo meint wohl besonders das **beneficium inventarii**; es ist aber zu bemerken, daß dies schon vor Abfassung der Institutionen eingeführt wurde §. 6 I. de her. qual. et diff.), wie denn auch die Streichung der Kunstwörter **cum** und **sine re**, und die Verweisung der ganzen Lehre in nicht vorzutragende Bücher der Digesten ein schlimmes Zeichen sei. — Dem ersteren dieser beiden Gründe kann ich nach dem oben Gesagten kein Gewicht beilegen, von dem anderen wird noch nachher die Rede sein.

Digitized by Google

laufen ist), die folgende Klasse gerufen werden soll, und so müssen auch die Cognaten bis sich die Agnaten entschieden haben, ausgeschlossen sein. Von der Form freilich, wie nun die Cognaten die Erbschaft anzutreten haben, ist hier nicht die Rede, aber die Art, wie in l. 15 §. 1. von der Succession der Emancipirten die Rede ist, scheint mir deutlich zu zeigen, daß Justinian nur ihre bisherige Zurücksetzung gegen Andere aufheben will, daß er aber in Beziehung auf die Realisirung des Erbrechts unter den **sui** und **emancipati** eine völlige Gleichheit des Rechtes schon als bestehend voraussetzt.

Mehr noch als aus diesen Stellen, die doch immer nur einen negativen Beweis liefern, folgt aus denen des Codextitels **de jure deliberandi et de adeunda hereditate.** Die darin aufgenommenen Constitutionen früherer Kaiser handeln auch vielfach von der Agnition der **b. p.**, aber immer so, daß es aussieht, als wenn man unter der **pro herede gestio** und **bonorum possessionis agnitio** [2]) wählen könne (*l. 3. 7. 18. eod.*). In der l. 18. wird gesagt, der Vater könne für das Kind bei jedweder Erbschaft die **hereditas adire** oder die **b. p. petere.** Dies ließ sich nun auch so verstehen, daß wirklich in allen Fällen, auch wenn das Kind in einer Prätorischen Erbklasse stand, man die eine von beiden Antretungsarten vornehmen dürfe. Und daß Justinian es in der That so verstehe, geht aus l. 19. **eod.** hervor. Hier sagt er, Jeder, dem eine Erbschaft **ex testamento** oder **ab intestato** zufalle (und daß auch die Prätorischen Erbklassen darunter verstanden seien, ist kein Zweifel), könne sein Deliberationsrecht, wenn er innerhalb des ersten Jahres versterbe, auf seine Successoren transmittiren, sobald er nichts gethan habe, worin eine **hereditatis aditio** oder **pro herede gestio** läge. Also durch eins von diesen Beiden soll er jede Erbschaft unwiderruflich erworben haben, wo nicht, so sollen seine Successoren, worunter auch ausdrücklich die Cognaten namhaft gemacht werden, noch das Recht der **hereditatis aditio** in dem Ueberreste des Jahres haben. Ebenso ist in l. 22 C. **eod.** lediglich und zwar mehr-

2) Von letzterer wird ja in l. 12 C. **eod.** noch besonders hervorgehoben, daß sie eine **pro herede gestio** enthalte.

Digitized by Google

fach von der **hereditatis aditio** und **pro herede gestio** die Rede, und Justinian sagt sehr zweifellos im §. 1:

> **Quum igitur hereditas ad quendam sive ex testamento sive ab intestato fuerit delata** (auch hier sind offenbar civile wie Prätorische Erbklassen gemeint) **sive ex asse sive ex parte, si quidem recta via adire maluerit hereditatem, et spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, ut non postea eam repudiet, nullo indiget inventario, quum omnibus creditoribus suppositus est, utpote hereditate ei ex sua voluntate infixa.**

Das heißt aber doch klar genug, es komme nur auf seine Willenserklärung an, um die Erbschaft aus jeder Erbklasse unwiderruflich zu erwerben, die **hereditatis aditio** und **pro herede gestio** genügen dazu vollkommen. Wie nun damit sich vereinigen lasse, daß Justinian nachher in den Institutionen wieder sagen soll, sie genügten nicht, sondern nur bei den civilen Erbklassen liege in ihnen ein entschiedener Erbschaftserwerb, vermag ich nicht einzusehen [3]). —

Wie sollen wir nun diese von beiden Seiten sich erhebenden Bedenken lösen und in friedlichen Einklang bringen? Ich bin gar kein so großer Bewunderer Justinians, daß ich stets, koste es was es wolle, ihn und seine Arbeiter von allen Versehen und Fehlern freisprechen mögte. Ich halte es für vollkommen möglich, daß die Redactoren dieser Constitutionen gar nicht mehr an die **b. p.** gedacht haben, indem sie die **her. aditio** und **pro herede gestio** für die allgemeine Antretungsform aller Erbklassen hielten, und daß dann die Institutionenverfasser (was vielleicht ganz andere Personen waren), umgekehrt die Agnition der **b. p.** für ein nothwendiges Requisit der Prätorischen Erbklassen angesehen hätten. Alsdann ständen hier also

---

3) Daß in den Pandekten die Agnition stets vorausgesetzt wird, ließe sich schon eher als historische Notiz erklären, welche die Compilatoren in einem dem Privatstudium der Studenten überlassenen Theile der Digesten nur zum besseren Verständniß des Ganzen aufgenommen hätten. Aber so lassen sich doch Justinians eigene Worte im Titel der Institutionen **de b. p.**, der auch gar nicht aus Gaius entlehnt ist, nicht hinwegräumen.

Digitized

völlig widersprechende Sätze in der Justinianeischen Compilation friedlich nebeneinander; und dieser Widerspruch konnte anfangs unter Justinian leicht unbemerkt bleiben, weil, wie ich oben ausgeführt habe, es doch wohl vorherrschende Sitte war (s. §. 136.) die **her. aditio** vor einem Richter vorzunehmen und umgekehrt es schon immer mit den Prätorischen Fristen so wenig genau genommen wurde, daß im gewöhnlichen Leben beide Antretungsarten sich gleich sahen, und man also die vorliegende Handlung bald als **her. aditio** bald als **b. p. agnitio** unter die widersprechend lautenden Stellen des **Corpus juris** leicht subsumiren konnte. — Wer nun in der That hier einen völligen Widerspruch annimmt, für den löst sich die ganze Frage in die Untersuchung auf, wie seit der Reception des Justinianeischen Rechts in Deutschland unser Gewohnheitsrecht sich gestaltet habe, ob dies für die Prätorischen Erbklassen eine besondere Agnition (nach den Institutionen) noch *festgehalten* oder (nach den Coderstellen) die **her. aditio** *als allgemeine* Antretungsart für alle Erbklassen anerkannt habe. *Hievon* wird im folgenden Buche genauer die Rede sein.

Diese Annahme eines vollkommenen Widerspruches ist aber doch das verdeckte Bekenntniß, daß uns hier die Justinianeische Compilation durchaus rathlos lasse. Ebensowenig, wie wir mit den in Note 1. citirten Schriftstellern die entgegenstehenden Schwierigkeiten ganz ignoriren dürfen, so können wir auch nicht ohne eine vorgängige sorgsame Prüfung uns mit der Unauflöslichkeit der Schwierigkeit beruhigen. Freilich wäre Letzteres immer noch besser, als eine Erklärung, mit der man freilich den Schein rettet, mit der aber die Sache selbst nicht weiter gerückt wird [4]). Wer jene Coderstellen mit ganz unbefangenem Urtheile liest, muß wie ich glaube zu der Ueberzeugung kommen, daß darin die **her. aditio** und **pro herede gestio** für die allgemein genügende Erbantretung aller Klassen erklärt wird. Wenn man hieran festhält, so giebt es, wie mir scheint, nur noch einen einzigen Weg, auf dem sich ungezwungen rechtfertigen läßt, daß Justinian die Agnitionsform und Fristen der

4) Solcher Erklärungen lassen sich mehre denken, ich halte es aber nicht der Mühe werth, sie hier, ohne daß sie aufgestellt worden sind, im Voraus zu widerlegen.

Digitized by Google

b. p., ohne mit jenem Satze in Conflict zu gerathen, beste-
hen ließ. Ehe ich darauf eingehe, muß ich aber als Einleitung
vorausschicken, welche Ansichten über unsere Frage die nachju-
stinianeischen Basilikenscholiasten vortragen. Wir werden dann
prüfen, in welchen Punkten sie wohl Justinians eigenen Willen
getroffen haben mögten.

§. 155. Den Basilikenscholiasten ist der ursprüngliche Gegensatz des civilen und prätorischen Rechts in Beziehung auf die Antretung klar bewußt. Ihre gesammte Theorie darüber wird sich in folgende Punkte zerlegen lassen:

1. Zuerst sind nach ihrer Ansicht zu unterscheiden die **sui** von den **extranei**. Die ersteren bedürfen weder der **hereditatis aditio** noch der **b. possessionis agnitio**, den letzteren dagegen steht die **deliberatio** zu, wie im §. 5. I. de her. qual. et diff. ausgeführt ist [1]). In diesem Deliberationsrecht nun liegt ein Doppeltes, die Agnition der b. p. und die **hereditatis aditio**, welche sich wesentlich von einander scheiden [2]).

1) Schol. ad Basil. XLV. 1. l. 24 (fr. 14 D. de suis et leg.) Heimb. IV. p. 484. — Enantioph. Etiam bonorum possessio in suis supervacaneum quid est, ut lib. 5. tit. 2. dig. 7. Atqui dictum est Instit. 3 tit. 9. ascendentes et descendentes naturales et adoptivos, si intra annum non petierint, eam amittere. Similiter lib. 38 tit. 9. dig. 1. — Innomin. Lege lib. 28 tit. 2 dig. 11. et tit. 5 dig. 85 (muß heißen 86 §. 1) et Instit. 2 tit. 19 et lib. 29 tit. 2 dig. 11. 12. eos existere heredes non egentes aditione aut bonorum possessione. Quibusnam autem competat deliberatio, et quis sit proprie suus cognoscis ex tit. 19 lib. 2 Instit. (Uebrigens nehmen die Scholiasten die sui in einem sehr weiten Sinn. Schol. ad B. XLV. 1. l. 14. (Heimb. IV. p. 478 Nr. 11). — s. auch noch Heimb. IV. p. 513. Nr. 14. Schol. ad B. XLV. 2. l. 25.

2) Schol. ad B. XLV. 2. l. 8. (Heimb. IV. p. 507). Enantioph. Adscendentibus et descendentibus competens b. p. annalis est, ut tit. 9 dig. 1. et 9. (muß heißen: [lib. 38] tit. 9. dig. 1. them. 12), in his autem qui ex latere veniunt, centum dierum. De jure autem civili, hoc est de aditione aliud didicisti lib. 6 Codicis tit. 30. Lege ejusdem lib. tit. 55. const. 1. et tit. 17 hujus lib. dig. 2. si mater quidem repudiaverit bonorum possessionem, deliberet autem de aditione, locum non habere eos qui sequuntur. (fr. 2 §. 21. ad SC. Tertull.) — Schol. ad

Digitized by Google

Letztere ist eine Privathandlung, umfaßt auch die **pro herede gestio**, und ist nicht in eine bestimmte Zeit eingeschlossen während die erstere in 100 Tagen oder einem Jahr geschehen muß, und, wenn sie auch nicht mehr der alten formellen **petitio** bedarf, dennoch eine Erklärung vor dem Richter (**agnitio**) erfordert [3]).

2) Das Verhältniß nun aber, in dem sich die Scholiasten beide Rechte des Extraneus, das der Agnition und der Adition denken, ist zuförderst, daß wenn Jemand zugleich vom civilen und vom Prätorischen Recht gerufen wird, er mit der Ausschlagung oder Versäumung der Agnition sein Civilerbrecht nicht verloren hat, sondern die **her. aditio** noch vornehmen kann. So sagen dies in Beziehung auf Ascendenten, Descendenten und Geschwister die in Note 2 citirten Stellen [4]). Man suchte es noch im Einzelnen durch besondere Berufung auf eigene Kaisergesetze zu rechtfertigen, daß eine **b. p.** nicht nöthig sei, sondern durch **pro herede gestio** ersetzt werden könne, wobei man sich freilich aus der Herbeiziehung ganz nichtssagender Stellen nicht viel Gewissen machte. So wird aus der **l. 2 C. si ut omissam hereditatem** (2. 40) gerechtfertigt, daß für den

---

Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 514 Nr. 16.) zu dem Texte: „Si frater fratri pupillariter substitutus sit, centum dies habet.“ Enantioph. Atqui necessarius ei heres fit, ut lib. 28. tit. 6. dig. 2. 10. 18; et dici potest, ipsum annum habere, quod patris testamentum sit. Lege lib. 6. Codicis tit. 55 const. 1. Dicit enim, legitimum fratris heredem non excludi centum diebus. Certum igitur est hoc de b. possessione sive de Praetorio jure esse dictum, quod autem in constitutione dicitur, de aditione sive de jure civili. etc.

3) Schol. ad B. XLV. 2. l. 29. (Heimbach IV. p. 516. Nr. 2). Enantioph. Ordinariae autem sive edictales sunt hoc est ex edicto, sive jure Praetoris competentes, quae tribuunt jus hereditatis, et non indigent causae cognitione sive varia inquisitione. Denique non sunt in petitione, sed in agnitione, ut Instit. 3. tit. 9.

4) Ebenso sagte man auch sogar, wenn Jemand nach altem und neuerem Civilrecht gerufen werde, so könne er doppelt ausschlagen. Schol. ad Bas. XLII. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 185 Nr. 3) und ad Bas. XLV. 2. l. 25. (Heimb. IV. p. 513. Nr. 11).

Digitized by Google

impubes die Friſten der b. p. gar nicht mehr liefen [5]), ferner nimmt Julian, in Folge von l. 1 u. 3 C. ad SC. Tertull. (6. 56) (wenn letztere Stelle nicht ein falſches Citat iſt), an, daß unter Mutter und Kindern keine Agnition nöthig ſei [6]). Beſſer iſt ſchon ſeine Berufung auf fr. 52 pr. de acq. vel om. her. für den Satz, daß der Sohn eines furiosus die ihm zugefallene Erbſchaft, ſtatt der Agnition, welche eine Ratihabition des Vaters vorausſetzt, durch her. aditio erwerben könne [7]). Theodorus endlich ſtützt die Behauptung, daß die Kinder bei der Beerbung des Vaters der b. p. nicht bedürfen, auf die von dem suus heres redende l. 13 C. de jure delib. [8]).

3) Alle dieſe einzelnen Stellen zeigen das Streben der Scholiaſten, die Unnöthigkeit der Agnition in beſonderen Fällen nachzuweiſen. Aber dabei ſind ſie nicht ſtehen geblieben, vielmehr finden wir, daß ſie ganz allgemein die Agnition der b. p. für unnöthig und durch die her. aditio oder pro herede gestio erſetzbar erklären. Jene ſpeciellen Fälle alſo ſind in dem Sinne zu nehmen, daß ſie darin noch aus ſelbſtändigen Gründen glaubten rechtfertigen zu können, was ſie im Allge-

5) Schol. ad Bas. XL. 5 l. 3 (Heimb. IV. p. 77 Nr. 17). Dicendum est, hodie ex constitutione (2) tit. 40 lib. 2 Codicis nullum ejus modi tempus impuberi currere.

6) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 1. (Heimb. IV. p. 503). Enantioph. Hi (legitimi) etiam non petita bonorum possessione succedunt, cum jura legitima habeant. Qui autem a solo Praetore vocantur, citra bonorum possessionem non succedunt. Dictum enim est lib. 6 tit. 15 const. 2. sine bonorum possessione hereditatem intestati filii amitae capere neminem. In const. autem 1. tit. 56 dicitur, liberos matribus tunc per se heredes existere, cum fari possint: matres autem succedunt etiam filiis infantibus. Et const. 3. tit. 56 (?) dicit, etiam non petita bonorum possessione filiam pro herede gerendo matri succedere.

7) Schol. ad Bas. XLV. 2. l. 32. (Heimb. IV. p. 518. Nr. 5). Adire autem potest filius furiosi, et servos hereditarios manumittere, ut lib. 29 tit. 2 dig. 52. (Anonym.).

8) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 41. (Heimb. IV. p. 497. Nr. 1.) Theodori. Filii non indigent bonorum possessione ad hoc, ut matri suae succedant. Similiter didicisti in const. 13. tit. 30 hujus lib. in paterna successione. — ſ. auch die folgende Nr. 2 über das SC. Orphitianum.

Digitized by Google

meinen schon aus anderen Gründen angenommen hatten. Wie sie nun aber diese allgemeine Unanwendbarkeit der Agnition fassen, ist uns von ganz besonderer Wichtigkeit. Der oft von ihnen citirte §. 10 I. de b. p. war nämlich zu deutlich, als daß sie hätten sagen können, es gebe gar keine Agnition der b. p. mehr. Vielmehr stellen sie es gerade mit Anlehnung an diese Stelle so dar, es sei nur die alte formelle **petitio** der b. p. aufgehoben, dagegen die formlosere **agnitio** (d. h. die Erklärung vor einem Richter in bestimmter Frist) bestehe noch vollkommen. Daneben aber erwähnen sie dann noch etwas Anderes, wodurch auch wieder diese formlosere Agnition ersetzt werden könne, und das ist eben die **her. aditio** oder **pro herede gestio.**

Zuerst sehen wir dies aus der Behandlung der **b. p. litis ordin. gratia.** Man nahm an, dies sei, außer für den **suus,** die allgemeine regelmäßige Einleitungsform der Querel [9]), und auf diese wandte man denn auch die Vorschriften Justinians im §. 10. I. de b. p. an. Also die Erklärung vor dem Richter in der bestimmten Frist hielt man allerdings als die regelmäßige Form fest, aber man erkannte daneben doch auch die **her. aditio** oder **pro herede gestio** als genügend an. So sagt denn der Scholiast (Stephanus?), wer die Querel anstellen wolle, müsse entweder **b. p. petere,** oder wenigstens, gleichsam als fingirte Agnition (ἐσχηματισμένως), **adire aut pro her. gerere.** Jedenfalls aber sei unter jenem Ersteren, dem **b. p. petere,** nur noch eine Erklärung vor Gericht in bestimmter Frist zu verstehen, denn diese Agnition stehe der früheren formellen **petitio** ganz gleich [10]).

---

9) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. l. 35. (Heimbach IV. p. 31). *Theodori.* Qui agit de inofficioso non statim aufert possessionem ab herede scripto, etiamsi petierit bonorum possessiorem litis ordinandae gratia. *Thalelaei.* Didicisti in libris de judiciis, eum qui vult agere de inofficioso, debere petere b. p., quae dicitur litis ordinandae gratia, atque ita litigare. Constitutio igitur ait, licet quis quasi acturus de inofficioso petierit b. p. litis ord. gr., tamen non posse eum possessionem heredibus scriptis auferre.

10) Schol. ad Bas. XXXIX. 1. l. 6. Heimb. IV. p. 8. Nr. 6). Litis ordinandae gratia b. possessionem dicit. Quia enim neque

Digitized by Google

Ganz in Uebereinstimmung hiemit wird denn auch im Einzelnen von dem Scholiasten ausgeführt, daß wenn man noch keine b. p. agnoscirt habe, also vor keinem Richter erschienen sei, dennoch auch sonstige Präparationen der Klage, z. B. die Instruction eines Advokaten, weil sie als pro herede gestio gelten konnte, genügen solle [11]).

---

ab intestato potest statim venire, testamento valido existente, neque c. t. b. p. petere, cum exheredatus sit (soli enim praeterito filio dat Praetor b. p. c. t.) merito, cum non possit tanquam heres vel bonorum possessor hereditatis petitione experiri, debet b. p. petere litis ordinandae gratia, vel etiam adire aut pro herede gerere fictitia (ἐσχηματισμένως). Hodie vero certe et nuda voluntate, actis tamen confectis, potest quis ostendens, quocunque modo animo amplectendae hereditatis, intra statuta tamen tempora. Perinde enim esse videtur, ac si b. p. petiisset et obtinuisset. Sic didicisti in fin. tit. 9. lib. 3. Instit. — Man könnte versucht sein, diesen Endsatz von Hodie an als Erklärung nicht des b. p. petere, sondern umgekehrt des adire oder pro herede gerere anzusehen. Aber es kommt nirgends bei den Scholiasten vor, daß die Agnition nach §. 10 I. de b. p. eine Aditio oder pro herede gestio genannt würde, vielmehr scheiden sie eben diese freiere Justinianeische Agnition, wie wir gesehen haben, (und mit Recht) ganz genau von der civilrechtlichen aditio. Wohl aber halten sie es immer der Mühe werth, wenn sie vom petere der b. p. reden, hinzuzusetzen, daß darunter nach jenem Institutionenparagraph eben nicht mehr die alte formelle petitio (αἴτησις), sondern die formlosere agnitio (ἐπίγνωσις) zu verstehen sei (s. Note 3). So scheint es mir denn auch nicht zweifelhaft zu sein, daß unsere Stelle in gleichem Sinne zu nehmen sei.

11) l. c. Heimbach p. 8 Nr. 5 in fin. — Ait igitur, eum, qui petiit b. p. lit. ord. gr., licet lite nondum contestata decesserit, querelam ad heredes suos transmittere. Si vero nondum petierit b. p. lit. ord. gr., sed controversiam heredibus scriptis facere coeperit, puta, de hereditate cum eis contendere, vel si hoc quidem non fecerit, sed usus sit praeparatione, scilicet ad controversiam se praeparaverit, puta advocatos instruens, vel si cum venit ad querelam movendam, decesserit, sic quoque nihilominus querelam ad heredes suos transmittat. — Heimb. p. 9. Nr. 1. — puta si petierit b. p. l. o. g., vel petere praeparaverit ideoque magistratum adierit, vel controversiam praeparare coeperit. Man ließ aber doch noch immer einen wenn auch geringen Unterschied zwischen dem suus und extraneus bestehen, wie aus dem weiteren Verlauf der angeführten Stelle zu ersehen ist.

Digitized by Google

Ein Grund, aus dem man diese Substituirung der p her. gest. für die Agnition rechtfertigte, wird von den Sch liasten in den bisher angegebenen Stellen nicht angefüh Aber es fällt doch nicht schwer, den, welchen sie wirklich geh haben, ausfindig zu machen. Es gab einen Fall, in welch (nach einer wahrscheinlich von Justinian interpolirten Ste der Digesten: fr. 3. §. 4. de b. p.) weder die petitio noch die agnitio der b. p. nöthig, sondern ipso jure a geschehen fingirt sein sollte, nämlich bei einer an juristisch Personen deferirten Erbschaft. Die Scholiasten haben nun nä lich dies nicht als allgemeinen Grund angenommen, daß au die formlose agnitio nirgends mehr nöthig sei, vielmehr b handeln sie es mit Recht als eine Singularität, welche Dorothe daraus rechtfertigt, daß den jur. Personen die jura pupillorum zuständen [12]). Aber wenn es auch darin singulär ist, daß hie ohne alle Handlung die agnitio fingirt werden soll, so konnt es doch leicht auf den Gedanken führen, ob nicht auch im Allgemeinen, wenn wenigstens eine Handlung der Erbantretung (aditio oder pro her. gestio) vorläge, darin in fingirter Weise (ἐσχηματισμένως) eine Agnition liege. Und dies fanden nun in der That die Scholiasten durch l. 8. C. qui admitti ad b. p. und l. 19. C. jure delib. bestätigt. Die erstere sagt, wenn man aus irgend einem Grunde die Frist versäumt habe, so solle das nichts schaden. Die zweite setzt, wie schon oben hervorgehoben wurde, bei allen Erbklassen entschieden nur die her. aditio oder pro herede gestio voraus, und so sagen denn die Scholiasten gerade bei Gelegenheit jener l. 8. cit., die Nachsuchung der b. p. sei nicht mehr nöthig. Die Stelle von Thaleläus ist freilich zweifelhaft [13]), sie kann auch bloß heißen, daß nicht mehr die alte petitio, sondern nur die neuere agnitio noch erforderlich sei, aber wenn sie in der That ein Zusatz zu der l. 8. C. cit. ist, so kann sie diesen Sinn nicht haben, son-

12) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 51 Nr. 4 u. 7). Es ist wohl zu bemerken, daß das Schol. Nr. 6. daselbst später ist, als die Basiliken, indem diese darin citirt werden, und so trägt es denn auch wesentlich anderes Recht vor, als die gleich auf Justinian folgenden Juristen. (s. unten Note 26).

13) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 24. (Heimb. IV. p. 58 Nr. 2). Con-

Digitized by Google

dern es liegt in ihr der Gedanke, daß die alte petitio deßhalb nicht mehr nöthig sei, weil eine Versäumung der Frist nichts schaden solle, und natürlich galt dies denn auch bei der neuen formlosere Agnition, die die l. 9. an die Stelle gesetzt hat.

Deutlicher als diese Stelle ist schon die andere danebenstehende von Theodorus, obgleich auch sie noch Zweifeln Raum läßt [14]). Man könnte nämlich auch hier meinen, sie sei eine bloße Erklärung der l. 9. C. qui admitti, sagte also nur, die alte petitio sei aufgehoben, und die agnitio an die Stelle getreten, so daß der Endsatz von manifeste an, lediglich eine weitere Erklärung dessen wäre, was zu dieser agnitio gehöre. Aber dagegen spricht, daß, wie man deutlich sieht, die Stelle zur l. 8. geschrieben worden ist, und so erkennt man denn auch aus den Citaten (l. 14 u. 19. C. de jure deliberandi), daß Theodorus mehr sagen will, als lediglich die Bestimmungen der l. 9. C. qui admitti mittheilen. Er sagt: die alte formelle petitio ist aufgehoben, und man agnoscire jetzt die b. p. nach der l. 9. formlos vor einem Richter in bestimmter Frist. Dann aber kommt er auf die Frage, ob der bloße Erbschaftsbesitz auch schon genüge; er verneint dies, der bloße Besitz sei nicht das Entscheidende, wie dies die l. 4. C. unde legit. und l. 14. C. de jur. delib. beweisen, sondern man müsse daneben den entschiedenen Willen zeigen, daß man die hereditas admittire, oder wie die l. 19. C. de jure del. sagt: „aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem

stitutio non vult necessariam esse bonorum possessionum petitionem (αἴτησιν), qua jure veteri opus erat.

14) l. c. Schol. Theodori. Hodie petitio bonorum possessionum necessaria non est. Nam citra petitionem b. possessionis quisque successionem sibi competentem petit, scilicet intra praefinitum tempus, secundum const. 9 hujus tituli (daß diese Constitution hier noch besonders citirt wird, zeigt daß die Stelle selbst eine Anmerkung zur l. 8. war), quae dicit, cuilibet sufficere, si apud quemlibet judicem intra tempus bonorum possessionum testatus sit, se hereditatem ad ipsum pervenientem suscepisse. Manifeste tamen, ut ostendit const. 4 tit. 15 hujus lib. 6, quae ait, non videri hereditatem admisisse eum, qui res hereditarias possidet, sed omnino dicere debere eum, se et admittere. Legas enim const. 14 et 19 tit. 31 (muß nothwendig heißen 30) hujus libri.

Digitized by Google

inducit.“ Gerade weil hier die l. 19. citirt wird, sehen wir, daß Theodorus nicht bloß das Recht der l. 9. C. **qui admitti** darstellen will, sondern daß er meint, man könne überhaupt die Erbschaftsantretung noch neben der **b. possessionis agnitio** durch **pro herede gestio** vornehmen.

Diese Meinung, die, wenn wir bloß die bisher angeführten Stellen hätten, immerhin noch bezweifelt werden könnte, spricht denn auch Theodorus an zwei andern Stellen ganz unumwunden aus [15]), und da er das **hodie** (also das practische Recht) so unbedingt hervorhebt, so haben wir auch wohl nicht zu glauben, daß man darüber zu seiner Zeit noch Bedenken gehabt habe.

Hiernach war denn allerdings für die Basilikenscholiasten eine wahre innere Verschmelzung der b. p. und **hereditas** vorhanden. Die **b. possessionis agnitio** ist zu einer besonderen Form der **hereditatis aditio** herabgesunken [16]), der man auch die anderen Formen der **hereditatis aditio** substituiren kann; die

---

15) Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimbach IV. p. 88) Memineris eorum, quae dixi ad constitutiones subjectas tit. 9 et 10 et 11 et 12 et 13 et 14 et 15 et 16 et 17 et 18 et 19 lib. 6. (Also überhaupt alle von der b. p. handelnden Codextitel). Verum ibi didicisti, **bonorum possessionem hodie necessariam non esse.** — Ferner in seinem Breviarium Novellarum ad Nov. 66. (Zachariae Anecdota p. 69). — Quaelibet lex de successoribus lata post II menses, ex quo in aliquo loco fuerit insinuata, valeat. Legas tit. 9 usque ad tit. 20 lib. VI. Codicis, et disces, quae circa bonorum possessiones obtinent; sciendum tamen, **hodie non opus esse petitione in bonorum possessionibus** secundum const. 8 dicti tit. 9 lib. VI. Codicis. Also auch hier bezieht er sich auf die l. 8., und kann daher nicht die bloße Vereinfachung der Agnitionsform meinen. Wenn gleich nämlich die Scholiasten in einem engeren Sinne die petitio (αἴτησις) der agnitio (ἐπίγνωσις) entgegensetzen, so gebrauchen sie doch gewöhnlich, wo es auf den Gegensatz nicht ankommt, den ersteren Ausdruck im Sinne des letzteren.

16) So drückt es auch der Scholiast ad Bas. XLV. 5. l. 1 (Heimb. IV. 543. Nr. 1). (Stephanus)? Si enim se invicem heredes instituerint, qui illicite inter se conjuncti sunt, non possunt **ad adeundum** (εἰς τὸ ἀδιτεύειν) petere bonorum possessionem secundum tabulas.

Digitized by Google

b. p. selbst ist also nur noch in Bezug auf den historischen Ursprung aus der **Praetoria jurisdictio**, wie die Scholiasten mehrfach hervorheben, von der **hereditas** (*κληρονομία*) unterschieden. So konnte denn auch Thaleläus sagen, daß das Cognationsrecht zur *κληρονομία* rufe [17]), ja sogar, was besonders interessant ist, man brauchte sich nicht zu scheuen, da wo der Justinianeische Text nur von *κληρονομία* sprach, dafür das Wort **bonorum possessio** (*διακατοχή*) zu setzen [18]). Und so tragen denn die Scholiasten die Lehre von der Erbantretung auch so vor, daß sie die Agnition gar nicht mehr besonders erwähnen, sondern daß sie nur die Antretung **verbis** und **re** unterscheiden [19]), wobei denn aber offenbar die Agnition als eine formellere Erklärung zu der ersteren Klasse gehört. —

Hiebei darf aber freilich nicht unerwähnt bleiben, daß es in den Scholien eine Reihe von Stellen giebt, worin ganz klar gesagt zu sein scheint, daß der in einer Prätorischen Erbklasse Gerufene nur durch Agnition der b. p. zur Erbschaft gelangen könne [20]), was denn also in directem Gegensatze mit den an-

---

17) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 44. (Heimb. IV. p. 502). Thalelaei. Si enim habet aliud jus cognationis, quod eam ad hereditatem (*κληρονομίαν*) vocat, recte eam vindicat.

18) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 9. Enantioph. (Heimb. IV. p. 474). Hoc tollit Novella 118, quae dicit, etiam filios, qui adoptantur, petere posse bonorum possessionem. (*τὴν διακατοχὴν αἰτῆσαι*).

19) Schol. ad Bas. XLI. 4. (Heimb. IV. p. 150. Nr. 9). Nosti, alios eorum, qui heredes existunt, verbis adire hereditatem, alios re tantum seu intentione, cum non dicant, se hereditatem adire, sed forte in aedibus hereditariis maneant, vel res hereditarias detineant, scientes se ad hereditatem vocari, vel cum servis hereditariis imperent, vel locent, vel vendant, vel permutent vel donent, vel generaliter res hereditarias alienent, vel servos hereditarios manumittant, vel testatorem sepeliant, neque antea testentur, se non quasi heredes seu alio jure justa ei facere, vel negotium alterius gerentes. Haec sunt exempla pro herede gestionis.

20) s. z. B. Schol. ad Bas. XL. 1. l. 18. (Heimb. IV. p. 56). Theodori. Intra centum dies utiles b. p. unde cognati petitur. Ferner ad XLV. 1. l. 28. (Heimb. IV. 489). Anonym. Cum enim jam sit cognatus, succedit jure praetorio, et omnino opus

Digitized by Google

deren Stellen zu stehen scheint, welche erklären, es bedürfe hod keiner b. p. mehr. Indessen wird dies wohl für den, d sich etwas in den Ton der Basilikenscholiasten hineingelesen h nicht auffallend sein. Sie erklären alle Theile des Corpus juris auch diejenigen, welche sie für unpractisch halten, und wenn sie es von vorn herein hervorgehoben hatten, daß hodie diese Lehre nicht mehr anwendbar seien, so hatten sie ihrer Pflicht Genüge geleistet, und Niemand konnte sie dann eines Widerspruchs beschuldigen, wenn sie dann doch in diese Lehre weiter eingingen, ohne bei jedem Satze hervorzuheben, daß er unanwendbar sei. So wird die nova clausula noch weitläuftig erklärt, obgleich die Scholiasten wohl wissen, daß sie neben der Nov. 118. nicht mehr bestand [21]), so wird ebenfalls vielfach von der c. t. b. p gesprochen, obgleich man allgemein annahm, daß sie durch die Nov. 115. aufgehoben sei [22]), endlich ist immer noch von den cognati bei manchen Stellen in der Weise die Rede, als wenn sie, um zu succediren, nothwendig der b. p. bedürften, während Niemand zweifelte, daß dies seit der Novelle 118. nicht mehr anwendbar sei [23]). In derselben Weise und mit noch viel mehr Recht konnte man denn auch von der Agnition und den Fristen der b. p. sprechen, denn man nahm sie ja gar nicht als aufgehoben an, sondern sagte nur, sie könne durch pro herede gestio ersetzt werden.

4. Nun aber fragt sich zuletzt, welchen inneren Erklärungsgrund die Scholiasten für diesen Satz gehabt haben. Die Agnition der b. p. noch immer als geltendes Recht anführen, und doch hinzufügen, sie sei nicht nöthig, sie lasse sich durch formlosere Handlungen ersetzen, das hat doch eigentlich keinen rechten Sinn. Nur dann wird es erst verständlich, wenn man annimmt, daß jetzt allerdings durch pro herede gestio aus

habet bonorum possessione, ut lib. 6 Codicis, tit. 15. const. 2 et 5. — s. ferner Note 6.

21) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 5 u. 6. (Heimbach IV. p. 471. 472).

22) s. b. Schol. ad Bas. XLI. 7. l. 1. (Heimb. IV. p. 163. Nr. 2.) u. ad Basil. XL. 3. l. 1. (Heimb. IV. p. 60).

23) Schol. ad Bas. XLV. 1. l. 11. (Heimb. IV. p. 475). Innomin. Quod de agnatis et cognatis dicitur, tollit Nov. 118 dicens, eos esse ejusdem ordinis.

Digitized by Google

jeder Erbklasse die Erbschaft erworben werden könne, daß aber doch an die Vornahme der formelleren Agnition vor dem Richter in bestimmter Frist noch besondere Vortheile geknüpft waren, welche man durch bloße her. aditio oder pro her. gestio nicht erlangte, und es also für civile wie Prätorische Erbklassen immerhin noch von Interesse war, sich der Prätorischen Antretung zu unterziehen.

Der Gedanke liegt sehr nahe, daß die Scholiasten als den allein aus der Prätorischen Antretung hervorgehenden Vortheil das Int. quor. bon. angegeben haben werden. Dies ist nun aber durchaus nicht der Fall, vielmehr behandeln sie dies Rechtsmittel als ganz identisch mit der her. petitio, sie vermögen sich nicht zu erklären, daß beide Rechtsmittel denselben Personen zustehend und gegen dieselben Beklagten (den pro herede und pro poss. possessor) gerichtet, noch wieder unter sich verschieden sein könnten [24]).

Es bleibt daher kaum wohl etwas Anderes übrig, als die Annahme, daß man die Agnition vor einem Richter immerhin deßhalb für gut und rathsam gehalten habe, um seinen Willen, die Erbschaft anzunehmen, als einen unzweifelhaften und sicheren bekannt werden zu lassen; aber ein besonderes Rechtsmittel, das man in Folge der Privatantretung nicht hätte, entspringt nicht weiter daraus, weder die petitorische her. pet., denn diese bedarf nur der pro herede gestio, noch das Interdict, denn dies kennt man als ein von der her. pet. verschiedenes Rechtsmittel nicht mehr.

Schließlich muß ich nun noch an diese Theorie der Scholiasten mit wenigen Worten die Gestalt der b. p. in den Ba-

---

24) Schol. ad Bas. XL. 9. l. 3. (Heimb. IV. 88). Theodori. Qui probavit se filium alicujus esse, quique bonorum possessionem petiit, interdicto quorum bonorum sive petitione hereditatis experitur (κινεῖ τὴν κουόρουμ βονόρουμ ἤτοι περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας); ut enim const. 2 hujus tituli ostendit, quicunque bonorum possessionem petit, interdictum memoratum exercet adversus eum, qui pro herede vel pro possessore possidet. Es folgen dann die Note 15 citirten Worte.

Digitized by Google

siliken anknüpfen. Sie erklärt sich daraus von selbst. Es ist hier die b. p. alles Eigenthümliche abgestreift, und ist wirklich ein mit dem Worte **hereditas** ganz identischer Ausdruck geworden. Danach wird das **fr. 1. pr. quis ordo** von Modestin folgendermaßen umgestaltet: **Primus eorum, qui ab intestato vocantur, gradus est descendentium, secundus ascendentium, tertius ex latere cognatorum, quartus viri et uxoris** [25]). Zur Antretung der b. p. bedarf es nichts als der **her. aditio**, die Agnition ist ganz verschwunden, oder wird vielmehr als identisch mit der **pro herede gestio** erklärt [26]). Die Klage, die daraus hervorgeht, ist die **vindicatio hereditatis** (*ἐκδίκησις κληρονομίας*), ein Wort womit man ebenso wie **Int. quor. bon.** wie die **hereditatis petitio** zusammenfaßte [27]). Weil also die Klage das Endresultat der verlangten b. p. war, und in dem Worte *διακατοχὴ* doch mehr die Hindeutung auf die wirklich durchgesetzte Besitzergreifung liegt, so erklärt es sich leicht, daß man die b. p. auch ganz gleichbedeutend mit dem daraus hervorgehenden Rechtsmittel nahm, und sie schlechtweg *ἀγωγὴ* nannte [28]).

---

25) Bas. XLV. 2. l. 28. — In fr. 2. de interr. in jure, war vom heres und bonorum possessor die Rede. In den Basiliken (XLII. 4. l. 2) wurde Letzteres, weil es ja doch eine Tautologie wäre, gestrichen.

26) Schol. ad Bas. XL. 1. l. 3. (Heimb. IV. p. 51. Nr. 6. s. oben Note 12). Bonorum possessio proprie sic dicta est, quae petita et a Praetore data est; non enim omnes bonorum possessiones sunt in petitione, sed sufficit et solum agnoscere, ut lib. 3 I. tit. 9. Agnoscere autem est ostendere judicium aliquod admissionis: quale est falsi agere adversus testamentum defuncti, vel curam alicujus eorum, quae ad defunctum pertinent, suscipere. Agnoscunt autem potestate subjecti etiam sine petitione, ut lib. 39. tit. 1. cap. 7. ubi et aliud argumentum agnitionis invenis.

27) Die Ueberschrift des Titels der Bas. XL. 9, worin vom Int. quor. bon. die Rede ist, lautet: *περὶ τῆς τῶν πραγμάτων διακατοχῆς, καὶ περὶ ἐκδικήσεως κληρονομίας*; — und ebenso heißt der von der her. pet. handelnde Titel (XLII. 1.) *περὶ ἀπαιτήσεως κληρονομίας, καὶ ἐκδικήσεως αὐτῆς.*

28) Der Titel der Basil. (XLV. 2), der von der Succession der Cognaten handelt, heißt: *ἀγωγὴ, ἣν ὁ νόμος τοῖς συγγενέσι δίδωσιν*:

Digitized by Google

§. 156. Kehren wir nun zu der Justinianeischen Compilation zurück, um mit ihr die Ansichten der Basilikenscholiasten zusammenzuhalten. Was zuerst die zweite der von uns aufgeworfenen Fragen betrifft, nämlich über die Stellung des Interdicts, so scheint es mir freilich höchst zweifelhaft, daß die Scholiasten hier das Richtige getroffen hätten. Das Interdict hatte im Laufe der Kaiserzeit mit der **missio Hadriana** gleichen Schrittes fortgelebt, und war um deswillen bei der testamentarischen Succession außer Uebung gekommen. Indem man nun die **missio** des Fortbestehens werth fand, so ist es nicht wahrscheinlich, daß man sich besonders hätte angelegen sein lassen, das Interdict als ein provisorisches Rechtsmittel aufzuheben, und mit der **her. pet.** als identisch zu verschmelzen. Ueberhaupt kann unsere Frage, wenn man besonnen zu Werke gehen will, doch nur in folgender Weise aufgefaßt werden. Ich glaube nachgewiesen zu haben, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit das Interdict ein provisorisches Rechtsmittel war. Ferner ist es nun auch nicht zweifelhaft, daß es in die Justinianeische Compilation recipirt worden ist. Freilich will ich gar nicht behaupten, daß man sich dessen Natur vollkommen klar gemacht haben werde, und daß Jeder von Justi-

---

und der die b. p. unde vir et uxor enthaltende (XLV. 5): ἀγωγὴ, δι' ἧς ὁ ἀνὴρ ἢ γυνὴ, συγγενῶν μὴ ὄντων, κληρονομοῦσιν ἀλλήλους. — Uebrigens ist es nicht unmöglich, daß man neben dem ganz petitorischen Charakter, welchen man nach dem Gesagten der b. p. beilegte, doch auch zugleich den Gesichtspunkt des possessorischen Rechtes beibehielt, und annahm, Jedermann könne auch neben den gewöhnlichen Rechtsmitteln des Erbrechts eine missio in possessionem vom Richter verlangen. Hierauf scheint nämlich Harmenopulus zu deuten, welcher sagt (I. 3. de bon. poss.): Bonorum possessio est jus apprehendendi patrimonii vel rerum, quae cujusque quum. moritur fuerunt. Bonorum possessio est, quum quis relinquit mihi hereditatem, et adeo Praetorem, ac peto, ut me mittat in possessionem, hoc est, heredem me faciat, bonaque mihi concedat. Movetur autem a cognatis, qui a latere veniunt intra centum dies, a descendentibus intra annum. Nur hat man dies Recht auf missio nicht mehr Int. quor. bon. genannt (welches vielmehr in der vindicatio hereditatis ganz verschwunden war), sondern als ein eigenes selbständiges Recht aufgefaßt.

Digitized

nians Arbeitern darüber gehörige Rechenschaft hätte ablegen können. Daß es sobald im Griechischen Rechte als ein der her. pet. unterschiedenes Rechtsmittel vergessen worden ist, beweist doch jedenfalls, daß auch zu Justinians Zeiten kein großes practisches Lebensbedürfniß mehr dafür vorhanden gewesen sei. Und in der That ist es auch in anderen Klassen als der testamentarischen ein viel weniger nöthiges Rechtsmittel, so daß es durch die missio Hadriana das Hauptfeld seiner Anwendung verloren hatte. Aber Alles dies beweist doch nicht, daß Justinian es habe aufheben wollen; wäre er zu diesem Entschluß gelangt, so würde er ihn uns, namentlich bei Gelegenheit der missio Hadriana, nicht verhehlt haben. Vielmehr da wir ihn nichts thun sehen, als einige dürftige auf das Interdict bezügliche Stellen dem Corp. juris einverleiben, so ist doch die natürlichste Annahme, er habe es damit beim Alten lassen wollen. Wenn man es auch freilich damals wenig durchschauen, und von seiner practischen Brauchbarkeit geringe Vorstellung haben mogte, so ließ man's doch mit manchem Anderen durchpassiren; denn mehr als ein Durchpassiren-lassen mögte ich freilich die stiefmütterliche Aufnahme des Interdicts kaum nennen. Hat man doch so Manches, was nicht positiv unbrauchbar war, recipirt, wenn man auch von der positiven Brauchbarkeit keineswegs immer überzeugt war.

Jedenfalls muß man sagen, es liege kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian dem Interdict seinen bisherigen Charakter habe entziehen wollen. Freilich findet sich die oben erörterte wichtige Bestimmung, daß die Appellation dabei ausgeschlossen sein solle, in der Compilation nicht, und wir müssen es dahin gestellt sein lassen, ob dies aus Absicht oder einem Uebersehen jener Constitution geschehen sei. Aber auch wenn wir Ersteres annehmen, so ist doch immer nur dieser eine Punkt hinweggefallen; daß Justinian dem Interdicte auch im Uebrigen sein eigenthümliches Wesen habe nehmen wollen, dafür beweist er nichts. Und wir besitzen ja auch einen entschiedenen Gegenbeweis, daß man es unmöglich für identisch mit der her. pet. hat nehmen können. Daß die her. pet. auch gegen die debitores defuncti gehe, war doch ein zu bekannter Satz, als daß selbst die Justinianeischen Compilatoren, wenn sie das

Digitized by Google

Interdict mit der **her. pet.** zusammenwerfen wollten, sich des Fehlers hätten schuldig machen können, unter den paar Stellen gerade das **fr. 2. quor. bon.** aufzunehmen, woraus der Unterschied des Interdicts von der **her. pet.** so unzweideutig hervorgeht.

Trotz dem also, daß wir annehmen müssen, das Interdict bestehe noch in der Justinianeischen Compilation, so ist es nun aber doch sehr erklärlich, daß die Griechischen Juristen es nichtsdestoweniger nicht mehr von der **her. pet.** zu unterscheiden wußten. Ich habe oben bemerkt, daß das Interdict der Ueberrest des possessorischen Elementes ist, welches früher die ganze **b. p.** durchdrungen hatte. Auch die spätere Kaiserzeit hielt daran fest, und daß sich die Gesetzgebung mehrfach mit dem Interdicte beschäftigte, zeigt, daß im practischen Leben das Rechtsmittel öfters benutzt worden sein muß. Nun aber ist das Interdict ein Institut, dessen ganze Existenz nicht lediglich von dem Bestehen der Rechtsregeln, sondern außerdem wesentlich von dem Bewußtsein des Volks abhängt, daß es ein brauchbares Rechtsmittel sei. Das Interdict ist kein für einen geregelten Rechtszustand unumgänglich nothwendiges Institut, aber freilich kann es je nach den Verhältnissen und wenn der Wunsch des Volks darauf gerichtet ist, sehr nützlich und gut in den gesammten Rechtszustand eingreifen. Wo aber umgekehrt das Bedürfniß des Volks nicht darauf gerichtet ist, und also Niemand es benutzt, da ist es todt, mögen auch in den Rechtsquellen noch so viel Rechtsregeln darüber verzeichnet sein. Und so ist es ihm denn auch in der That ergangen. Man bewahrte es sich anfangs noch als Verlassenschaft des possessorischen Elements der **b. p.**, aber nach und nach erstarb das Bedürfniß danach, und im Orient hat es sich vielleicht nie recht eingelebt. So wußten denn die griechischen Juristen mit dem todten Institute nichts Anderes anzufangen, als es mit der **her. pet.** zusammenzuwerfen, während, wie wir sehen werden, der Occident in den nachjustinianeischen Zeiten das Interdict wieder mit neuem Leben ergriff, so daß es sich bis auf unsere Tage bewahrt hat. —

Das Resultat aus dem Gesagten ist: Justinian hat das Interdict, obgleich es damals schon wenig genug benutzt werden

Digitized by Google

mogte, in der Gestalt bestehen lassen, die es in der vorhergehenden Kaiserzeit erhalten hatte. Hierin liegt namentlich der Hauptpunkt, daß es zur Geltendmachung des Interdicts nach Justinians Absicht noch immer der Agnition der b. p. bedürfen sollte. Die in das Corp. juris aufgenommenen Stellen (§. 153. Note 2.) lassen darüber keinen Zweifel, so wie denn auch darin kein Bedenken möglich ist, daß es ein Rechtsmittel für alle Erbklassen, Prätorische wie civile, sein sollte, sobald diese nur in der bestimmten Frist die b. p. agnoscirt hatten.

§. 157. Wir gehen jetzt zu der ersten der oben (§. 153.) aufgeworfenen Fragen zurück, welche Delations- und Acquisitionsregeln Justinian für das definitive Erbrecht, sei es **ex jure civili** oder **praetorio**, aufgestellt habe? Ich halte hier die Ansicht der Basilikenscholiasten, daß es der Agnition auch für die Prätorischen Erbklassen nicht mehr nothwendig bedürfe, sondern daß sie sich durch **pro herede gestio** ersetzen lasse, für durchaus richtig. Freilich daß mit der Aufnahme der l. 8 C. **qui admitti ad bonorum poss.** Justinian etwas Besonderes gewollt habe, läßt sich füglich bezweifeln, aber die Berufung der Scholiasten auf l. 19 C. **de jure deliberandi** ist eine vollkommene gerechtfertigte. Justinian zeigt hier wie in l. 22 C. **eod.** sehr deutlich, daß Jedem **extraneus** das civilrechtliche Antretungsrecht, welches durch das **spatium deliberandi** ein Ende erreichen kann, zustehe; und so konnten die Scholiasten sich auch mit Recht auf den §. 5. I. **de her. qual. et diff.** berufen, worin es ganz allgemein heißt: **extraneis heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda.** Daß dann im §. 7. **eod.** nur vom testamentarischen und **legitimus heres** die Rede ist, können wir daher nur als einzelne Beispiele ansehen, ohne daß Justinian damit vollständig alle die hätte angeben wollen, welche durch **pro her. gestio** oder formlose Willenserklärung antreten durften. Das **argumentum a contrario**, welches aus diesem § auf den ersten Anschein entnommen werden kann (s. oben §. 153. am Ende), fällt danach als unzulässig hinweg. Justinians Arbeiter haben hier ohne weitere Veränderung den Gaius (II. 167.)

Digitized by Google

abgeschrieben, und unrichtig war dies ja auch gar nicht, nur sehen wir aus den anderen Constitutionen Justinians, daß auch Anderen als dem **scriptus** und **legitimus heres** das Recht der **pro herede gestio** und **hereditatis aditio** zustehen sollte.

Was hiernach schon aus den in den Codex aufgenommenen Stellen zu entnehmen ist, stimmt nun auch vollkommen mit den Resultaten überein, die sich aus den Novellen ziehen lassen. In diesen wird nämlich die **b. p.** gar nicht mehr erwähnt, als nur die des Patrons [1]). Es ist erklärlich, daß Justinian für dies eigenthümliche Pflichttheilsrecht, das er schon früher in einer eigenen Constitution regulirt hatte, den alten Namen beibehielt. Und auch hier sind die Ausdrücke der Art, daß sie gar nicht auf die besondere Agnition der **b. p.**, sondern direct auf die Anstellung der Klage deuten (*τὴν διακατοχὴν κατασείων τε καὶ ἐπανατεινόμενος*). Bei allen übrigen Erbklassen aber ist auch nicht einmal von dem Namen der **b. p.** irgend eine Spur. Ja sogar einmal kommt etwas vor, was Justinian, wie er selbst sagt, aus dem Edict entlehnt. Wenn nämlich die Wittwe das Trauerjahr verletzt, so soll das ihr von einem Fremden Hinterlassene an dessen sonstige Erben fallen, dagegen das vom Manne selbst Hinterlassene den **decem personae** und in deren Ermangelung dem Fiscus zukommen [2]). Dabei wird nun aber nicht im Geringsten hervorgehoben, daß die **decem personae** die Erbschaft anders zu erwerben hätten, als die Uebrigen, während, wenn damals

---

1) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. c. 12. §. 4. Beide Stellen sind gleichlautend. In der Osenbrüggenschen Uebersetzung ist die zweite, nicht aber die erste richtig übersetzt. Es muß nicht heißen ac veniant fortasse cognati vel manumissor, et bonorum possessionem moveant atque intendant, sondern: ac veniant fortasse cognati vel manumissor bonorum possessionem movens et sibi vindicans.

2) Nov. 22. cap. 22. pr. — Quae ab extraneis illi relicta sunt, ad alios venient, quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui ea reliquit, cognatione junctas et edicto comprehensas, hoc est, ascendentes et descendentes, et collaterales usque ad secundum gradum, gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus ad aerarium venient.

Digitized

noch eine Agnition der **b. p.** für die Prätorischen **Erbklassen** nöthig gewesen wäre, Justinian es gewiß auch hier, wo er gerade in eigenthümlicher Weise das alte Recht der **decem personae** wieder hervorzieht, festgehalten hätte.

Demgemäß wird denn auch an mehren Stellen der **civile** Erbschaftserwerb für sämmtliche Erbklassen als die allgemeine Antretungsform anerkannt. In **Nov. 1. cap. 1. §. 4.** giebt Justinian allen Klassen das Recht κληρονομοὶ zu werden, und mit ausdrücklicher Beziehung auf die ältere Terminologie, die **aditio** und **pro herede gestio** vorzunehmen, wenn der Onerirte die ihm gemachte Auflage nicht erfüllen will. Also muß doch bei allen diesen Klassen das Recht der **aditio** und **pro herede gestio** schon als bestehend in dem Fall vorausgesetzt werden, wenn sie nicht erst an die Stelle eines nachlässigen Onerirten, sondern gleich anfangs aus eigener Person gerufen sind [3]). In **Nov. 22. c. 46.** ist nur von dem κλῆρος d. h. hier der **delata hereditas** (εἴτε πρὸ τοῦ κλήρου εἴτε μετὰ τοῦτον), in **Nov. 92. cap. 1.** und **Nov. 159 c. 1. u. 3.** lediglich vom **adire** der **hereditas** (καταδέχεσθαι τὸν κλῆρον) die Rede. In **Nov. 158.** wird die **l. 19. C. de jure delib.** auch auf die **impuberes** ausgedehnt und dabei von Neuem anerkannt, daß die civilrechtliche Delation allgemein gelten solle, auch in dem vorliegenden Fall, wo das civilrechtliche Erbrecht der **Nov. 118.** noch nicht in Anwendung treten konnte [4]).

---

3) In omnibus vero casibus, quando supra scriptis non implentibus eos, qui vel in testamento scripti sunt, vel ab intestato veniunt, vel etiam reliquos vocamus, **illis omnibus, ut heredes fiant, atque adeundi et pro herede gerendi** (quae verba legis sunt), omniaque tanquam heredes agendi jus habeant concedimus etc. (δίδομεν ἅπασι τοῖς τοιούτοις προσώποις γίνεσθαι κληρονόμους, καὶ ἀδιτίονος ἤτοι pro herede gestionos ἔχειν δίκαιον (ταῦτα δὴ τὰ τοῦ νόμου ῥήματα.) Unter νόμος wird hier das ganze Gesetzbuch verstanden, und damit also gesagt, die aditio und pro her. gest. sei der allgemeine im Corpus juris festgestellte Weg, Erbe zu werden, was denn auch hier eintreten soll, wo man erst an die Stelle des eigentlich berufenen Erben tritt.

4) Nov. 158 Praef. in fin. — quum etiam lex in Codice, qui a nobis nomen habet, posita sit, quae jubeat eum, qui fari possit, maternam quoque hereditatem recte acquirere, et rursus aliam legem posuerimus, quae vult **ut si quis hereditate**

Digitized by Google

So erklärt es sich vollkommen, daß die einzigen in den Novellen vorkommenden Worte, welche, definitives Erbrecht bezeichnend, unter sich ganz gleichbedeutend sind, und gleichmäßig die civilen wie prätorischen Klassen umfassen, — die beiden Ausdrücke κληρονομία (**hereditas**) und διαδοχὴ (**successio**) sind [5]). So kommt es, daß Justinian folgende Ausdrücke gebrauchen kann: von den Descendenten: ἐκ τοῦ νόμου καλούμενοι (**Nov. 53. c. 6.**) und εἰς τὴν πατρῴαν καλεῖσθαι κληρονομίαν (**Nov. 117. c. 5.**), von den Eltern: κληρονομοῦσιν (**Nov. 22. c. 25.**), daß er in der Novelle 118. nirgends ausspricht, er habe dadurch die drei ersten Intestatklassen der b. p. aufgehoben, sondern er selbst nur von ihr sagt, es seien dadurch die zwei bisher hintereinander stehenden Klassen der Agnaten und Cognaten zusammengeworfen (s. Note 4.). So wird denn auch das Erbrecht der Cognaten schon vor Nov. 118. κληρονομία genannt (**Nov. 22. cap. 22. §. 1.**), ja alle Intestaterben heißen bald διάδοχοι bald κληρονόμοι (**Nov. 22. c. 26.**). Und endlich möge als die letzte Bemerkung hier noch

---

sibi delata, antequam eam vindicet vel contrariam de ea ostendat sententiam, moriatur, ad heredes suos de hac hereditate jus deliberandi transmittat. Legem enim nuper a nobis latam quae agnatis et cognatis eundem in hereditatibus locum concedat, in hoc casu locum non habere, quum antiquior sit eo die, ex quo lex valere jussa est.

5) Eine vollständige Uebersicht über die Verbindungen, in denen diese beiden Wörter in den Novellen vorkommen, wird man aus der Vergleichung folgender Stellen entnehmen können: **Nov. 7. c. 3. §. 2. — Nov. 12. c. 2. 3. 4. — Nov. 15. praef. — Nov. 22. c. 24. c. 29. §. 1. c. 39. c. 39. c. 44. §. 7. u. 9. c. 45. §. 1. c. 46. §. 1. u. 2. c. 47. — Nov. 38. c. 1. u. 2. — Nov. 40. c. 1. §. 1. — Nov. 48. pr. c. 1. — Nov. 51. c. 1. — Nov. 53. c. 5. u. 6. — Nov. 57. c. 1. — Nov. 60 c. 1. — Nov. 61. c. 1. §. 3. — Nov. 66. c. 1. pr. Nov. 68. — Nov. 72. c. 2. — Nov. 84. praef. §. 1. c. 2. — Nov. 89. praef. c. 2—4. c. 6. c. 8. c. 12. — Nov. 98. c. 1. — Nov. 100. c. 1. — Nov. 101. Praef. c. 1. u. 2. — Nov. 108. Praef. — Nov. 112. c. 1. — Nov. 117. c. 5. u. 7. — Nov. 119. c. 6. u. 11. — Nov. 120. c. 1. u. 6. — Nov. 123. c. 18. — Nov. 131. c. 7. 9. 11. — Nov. 136 c. 3. 5. — Nov. 139. Praef. — Nov. 144. c. 2. — Nov. 159. praef. c. 3. — Nov. 164. — Nov. 166.**

Digitized by Google

angeführt werden, daß, als Justinian auf die Armenier das Römische Erbrecht übertrug (Nov. 21.), und bestimmte, die Frauen sollten, ebenso wie die Männer, ihre Eltern, Geschwister und Cognaten beerben können, natürlich von **bon. poss.** nirgends eine Spur ist, sondern Alles mit den unter sich gleichbedeutenden Ausdrücken *διαδοχή* und *κληρονομία* abgethan wird, obgleich er sie noch ganz besonders auf Institutionen, Digesten und Coder verweist.

§. 158. Es kann hiernach wohl nicht bezweifelt werden, daß Justinian in seinen vor und nach den Institutionen erlassenen Constitutionen des Coder so wie in seinen Novellen die Agnition der **b. p.** auch für die prätorischen Erbklassen nicht für eine nothwendige Bedingung zur Erlangung des definitiven Erbrechts hält, sondern allen Klassen gleichmäßig das Recht der **her. aditio** und **pro herede gestio** zugesteht. Und nun sollte dies dennoch aus der Reception der von der Agnition handelnden Digesten- und Coderstellen, und aus seinen eigenen Worten in den Institutionen gefolgert werden müssen? Ich glaube kaum, daß wir zu dieser Annahme, die also die Compilatoren des directesten Widerspruchs zeihen würde, gezwungen sind.

Die Reception der Agnitionsregeln in Digesten und Coder rechtfertigt sich zuförderst schon aus demselben Grunde, der, wie oben hervorgehoben wurde, auch den Basilikenscholiasten vorgeschwebt haben wird. Es war immerhin wünschenswerth, daß die Erbschaft sobald wie möglich vor dem Richter angetreten werde, man konnte also jene Regeln recht wohl als eine Anmahnung an den Einzelnen bestehen lassen, daß er aus seinem eigenen Interesse rasch seinen Willen auf bequeme Weise constatire und vor dem Richter außer Zweifel setze. Freilich würde uns eine in diesem Sinne heutzutage erlassene Rechtsregel lächerlich vorkommen, aber man möge bedenken, daß es sich hier nicht um Einführung von etwas Neuem, sondern um Bestehenlassen von etwas Altem, in der Sitte Hergebrachtem, handelt [1]), wobei ein derartiger wenn auch schwa-

1) Es ist ebenso, wie früher mit der cretio, die noch immer als all-

Digitized by Google

cher Grund schon viel eher in Betracht kommen konnte. Dazu aber kommt noch ein anderer Umstand, der von viel entschiedenerer Wichtigkeit ist. Die **bon. poss.** hatte in der klassischen Juristenzeit mehre Nebeninstitute bekommen, welche ihrem eigentlichen Gebiete nicht angehörten, aber doch vielfach darein verschlungen waren. Diese bestanden auch jetzt noch fort, und zwar, eben weil sie in sich selbst eine eigenthümliche Basis hatten, waren sie auch von den großen Umgestaltungen des ganzen Systems wenig betroffen worden. Sie waren von jeher der Regel unterworfen, daß dabei eine Erbittung vom Richter nöthig sei, und ihre Natur brachte es mit sich, daß dies auch, nachdem die regulären Prätorischen Erbklassen jetzt davon befreit wurden, bestehen blieb. Ich meine nämlich die **b. p. Carboniana**, ferner die **missio ventris nomine**, die, wenn auch eine reine **missio**, doch aus mehr als einem Grunde hieher gerechnet werden konnte. Endlich die **b. p. furiosi nomine**, welche Justinian noch besonders durch eine Constitution festgestellt hat. Ich habe hierauf noch nicht weiter einzugehen, muß aber schon das wenigstens hervorheben, daß Justinian bei der letzteren ausdrücklich darauf hinweist, es solle die Agnitionsform, so wie sie im neueren Recht festgestellt war, keineswegs versäumt werden [1a]).

Mit diesen Gründen läßt sich die Reception der Agnitionsregeln schon allenfalls erklären, aber für das volle Verständniß der in den Institutionen enthaltenen Darstellung der **b. p.** sind sie freilich nicht genügend. Und so giebt es denn auch in der That noch einen anderen Grund, den wir aus den Institutionen selbst entnehmen können, und der erst vollständig die Anerkennung der Agnition in Pandekten, Institutionen und Codex ins rechte Licht zu setzen vermag. Wir müssen jetzt, um ihn darzulegen, die Abfassungsweise der Institutionen genauer prüfen.

Bereits v. Löhr [2]) hebt sehr richtig die eigenthümliche Durcharbeitung hervor, welche in den einzelnen Titeln der Instituti-

---

gemeine Antretungsform mit aufgeführt wurde (**Gai. II. 167**), obgleich sie durch die **pro her. gestio** ersetzt werden konnte.

1a) **l. 7. §. 3 C. de curat. furiosi.**

2) In seinem Magazin **III. S. 350. 351.**

Digitized

onen das ganze Erbrecht erfährt. Schon der erste Blick leh
es, daß keineswegs bis zum achten Titel des dritten Buch
bloß vom Civilrecht die Rede ist, und dann erst im neunt
Titel (de bon. poss.) das ganze Prätorische Erbrecht abg
sondert dargestellt würde, sondern das Prätorische Recht ist, i
weit es Justinian anerkennen will, in alle vorhergehend
Titel schon einrangirt worden, woraus denn erhellt, was nach
her noch weiter geprüft werden soll, daß der Titel de bon
poss. nur eine Gesammtrecapitulation des Vorhergehenden ist
die dazu dient, die Bedeutung aller einzelnen Theile des Prä-
torischen Rechtes zur klaren Anschauung zu bringen. Fassen
wir genauer die Titel, in denen die einzelnen Erbklassen dar
gestellt werden, ins Auge, so finden wir sie regelmäßig aus
drei Elementen ganz unverkennbar zusammengesetzt, und es
fehlt nicht an sehr deutlichen Nebenbemerkungen Justinians,
wie er sich das Verhältniß dieser drei zu einander denkt. Er
hebt nämlich immer zuerst das alte **jus civile**, dann das Prä-
torische Recht hervor, und schließt mit den späteren Constituti-
onen, wobei denn genauer ausgeführt wird, was man von
jenen beiden Theilen habe bestehen lassen, und was daran ver-
ändert worden sei.

1. Die testamentarische Successionbeginnt im Titel **de testam. ord. (II. 10.)** die Reihenfolge. Hier wird im §. 1. das Civiltestament, im §. 2. das Prätorische dargestellt, dann heißt es im §. 3., das **jus civile** und **praetorium** habe allmählig angefangen **in unam consonantiam jungi**, theils durch Gewohnheitsrecht theils durch Kaiserconstitutionen, und so seien denn, auch in dem practischen Rechte der Testamente die drei Elemente zu erkennen (**ut hoc jus tripertitum esse videatur**). Der übrige Theil des Titels ist dann der weiteren Darstellung dieses practischen Rechtes überlassen, woran sich auch die folgenden beiden Titel anschließen.

2. Im 13. Titel gehen darauf die Institutionen zum Inhalte der Testamente über, worin ganz ähnlich wie in den Pandekten das Notherbenrecht, die Erbeseinsetzungen und was dem gleich steht (nebenbei auch von der Antretung der Erben), und zuletzt die Legate und Fideicommisse aneinander gereiht werden. Bei den Erbeinsetzungen und Ver-

Digitized by Google

mächtnissen finden sich immer nur die zwei Elemente des alten Civilrechts und der es etwa später modificirenden Constitutionen, aus dem sehr einfachen Grunde, weil hier das Prätorische Recht nicht eingegriffen hat. Aber dies gewährt uns zugleich einen Schluß in Beziehung auf die an die Erbeinsetzungen angeknüpfte Lehre von der Erbantretung. Hier hätte Justinian allerdings einschlagendes Prätorisches Recht darzustellen gehabt, und doch thut er es nicht; er spricht nur von dem Erwerbe der **sui**, und der civilrechtlichen Antretung der **extranei**, er erwähnt nur das alte Civilrecht und die neueren sich darauf beziehenden Constitutionen. Er citirt die l. 22. C. **de jure del.** als ein **commune omnibus subjectis** gegebenes **beneficium**, und eben in dieser l. 22. wird so gut wie in der l. 19. C. **de jure del.** die civilrechtliche Erbantretung als allgemeines Recht aller Erbklassen vorausgesetzt. Was hat also die Auslassung, des Prätorischen Antretungsrechtes zu bedeuten? Wir können nicht antworten, Justinian wolle hier bloß vom Civilrecht sprechen, das Prätorische folge im Titel **de bon. poss.** Er will so offenbar in allen diesem Titel vorausgehenden Lehren schon das ganze practische aus verschiedenen Elementen zusammengeschmolzene Erbrecht darstellen, und deßhalb fehlt auch gerade im Titel **de her. qual. et diff.** bei den **sui** das Prätorische **beneficium abstinendi** nicht. Daß daher dann bei den **extranei** das Prätorische Rechtselement weggelassen ist, stimmt vollkommen mit dem überein, was wir schon aus l. 19. u. 22. C. **de jure delib.** und aus sämmtlichen Novellen ersehen haben. Justinian nimmt die civilrechtliche Antretung als genügend für alles definitve Erbewerden an, und ganz dieselbe Bedeutung hat auch der an die Erbeinsetzungen sich anschließende Pandektentitel **de acq. vel om. her.** — Während also in den Lehren von den Einsetzungen, dem Erbewerden, den Vermächtnissen das Element des Prätorischen Rechts fehlt, weil es entweder gar nicht vorhanden war, oder jetzt nicht mehr für nöthig gehalten wurde, so treten dagegen in jener ersten Lehre, auf die der Inhalt der Testamente führte, dem Notherbenrechte, unsere drei Elemente wieder ebenso so klar als im Titel **de test. ord.** hervor. Der Titel **de exher. liber.** handelt nur vom formellen N. E. R., und am Ende desselben wird denn

Digitized by Google

gleich auf das materielle verwiesen. Ich weiß nicht, aus welchem Grunde man daher nicht auch gleich den Titel **de inoff. test.** auf den **de exher. liber.** hat folgen lassen. In das Inofficiositätsrecht hat bekanntlich der Prätor nicht eingegriffen, die **c. t. b. p.** gehört dem formellen N. E. R. an. Daher interessirt uns hier nur der Titel **de exher. liber.** Bis zum § **2 incl.** ist vom alten Civilrecht die Rede, vom §. **3.** an beginnt das Prätorische Recht, und mit dem §. **5.** geht dann Justinian mit den Worten **sed haec quidem vetustas introducebat** auf das neuere Recht über, wie es durch die **l. 4. C. de lib. praet.** festgestellt worden war. Die Worte dieses §. **5.** haben ganz denselben Sinn, wie jene: **ut hoc jus tripertitum esse videatur.** Für alle **sui** soll in Zukunft das Recht des **filius suus**, für die **emancipati** die Regeln der **c. t. b. p.** bestehen, aber daß bei Beiden Justinian noch einen Unterschied in Beziehung auf die Geltendmachung des Notherbenrechts und die Einforderung der Erbschaft habe machen wollen, ist schwer zu glauben. Justinian bezeichnet es sowohl für **sui** wie **emancipati** mit dem Ausdruck **auferre hereditatem** [3]). Das Testament soll nach den Regeln, wie sie das Civilrecht für die **sui** und das Prätorische für die **emancipati** vorschreibt, infirmirt sein, und das **auferre hereditatem** heißt dem einfachsten Wortsinne nach, Nichts als: sie können die **her. pet.** anstellen, also **sui** wie **emancipati** können allerdings **b. p.** agnosciren, aber nöthig ist es nicht. Justinian faßt offenbar das Notherbenrecht der **sui** und **emancipati** als eine einzige Erbklasse auf, und das konnte in der That erst dann recht geschehen, wenn Beiden ein gleicher Weg der Realisirung ihres Rechts offen stand. Also auch hier ist nicht geradezu gesagt, die **emancipati** bedürften der Agnition nicht, aber die Darstellung steht wenigstens in keinem Widerspruch mit dem, was uns Justinians Codergesetze und Novellen anzunehmen zwingen.

3) Die Intestatsuccession beginnt mit dem dritten Buche.

---

3) ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent.

Digitized by Google

Im ersten Titel ist von der Klasse der Descendenten die Rede, wiederum nach unseren drei Theilen. Bis zum §. 8 das alte Civilrecht der sui; von §. 9—13 das Prätorische der b. p. unde liberi. Vom §. 14 an, wieder mit den Worten: **sed ea omnia antiquitati quidem placuerunt**, die Aufnahme jener beiden Theile ins neuere Recht. Ebenso trennt Justinian in dem zweiten Titel **de legitima agnatorum successione** das älteste Recht (bis §. 2) von den Verbesserungsversuchen des Prätors (§. 3), bis er dann mit den Worten: **nos vero legem XII. tab. sequentes** seine Ansichten vorbringt; als ein Theil dieser zweiten Intestatklasse erscheinen die folgenden beiden Titel. Der fünfte Titel enthält sodann die dritte Intestatklasse, die Cognaten, und konnte natürlich nur die Grundsätze des Prätorischen Rechtes enthalten mit unbedeutenden Veränderungen der späteren Kaiser. Aber es ist wohl zu bemerken, daß ebensowenig wie der erste Titel die Ueberschrift **de bon. possessione unde liberi** und der zweite **unde agnati** führt, so auch hier der fünfte keineswegs **unde cognati**, sondern **de successione cognatorum** heißt. Die vierte Klasse, die der Ehegatten fehlt nun, was nachher erklärt werden soll. Wir müssen aber noch einmal zurückblicken zu jenen ersten drei Klassen, und der Art, wie Justinian ihre Aufeinanderfolge darstellt. Es ist dies von besonderem Interesse. Das **pr. I. de leg. agn. succ.** sagt:

> **Si nemo suus heres** (das sind also die vom alten Civilrecht Gerufenen) **vel eorum quos inter suos heredes Praetor vel Constitutiones vocant, exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege XII. tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.**

Justinian hebt hier die drei in der ersten Klasse vorhandenen historischen Elemente genau hervor, aber ist es nicht einleuchtend, daß er sie Alle als eine einzige innerlich völlig verschmolzene Klasse auffaßt, daß er auch hier meint, das **jus civile** und **Praetorium** sei **in unam consonantiam** zusammengekommen? Er spricht von der civilrechtlichen Delation der Erbschaft, diese geschähe an die Agnaten (**pertinet hereditas**) erst wenn aus der ersten Klasse Niemand vorhanden sei, der

Digitized by Google

die **successio** ergreife; also auch wenn in der ersten Klasse nur ein **emancipatus** steht, so wird die **hereditas** nach nicht dem Agnaten deferirt; es wäre unnatürlich anzunehmen, daß nun also Justinian nicht meinen sollte, sie werde vorher dem **emancipatus** deferirt, daß er also hier nicht **successio** (*διαδοχή*) mit **hereditas** (*κληρονομία*) vollkommen gleichbedeutend nähme, wie er dies doch nach meiner obigen Weisung in den Novellen entschieden thut. Und er hebt es noch so besonders hervor, daß man **quoquo modo** die **successio** erwerben könne, womit sehr deutlich auf verschiedene Wege der Erbantretung gedeutet wird, die sich alle vollkommen gleichstehen sollen. — In ganz gleichem Sinn wird dann im **pr. I. de succ. cogn.** die Cognatenklasse an die der Agnaten angeknüpft:

> **Post suos heredes eosque, quos inter suos heredes Praetor et Constitutiones vocant, et post legitimos (quorum numero sunt agnati et hi, quos *in locum* agnatorum tam supradicta Senatus*consulta* quam nostra erexit Constitutio) proximos cognatos *Praetor* vocat, qua parte naturalis cognatio spectatur.**

Indem Justinian hier die beiden vorhergehenden Klassen nochmals wiederholt, zeigt er, daß diese dritte vom Prätor erfundene Klasse sich ebenso an die zweite anschließen soll, wie diese (aus den 12 Taf. herstammend) an die erste angeknüpft wird. Die practische Geltung aller drei soll vollkommen gleich sein, mögen sie historisch aus der einen oder anderen Quelle entsprungen sein [4]). Sie sind allesammt zu Civilrecht von Justi-

---

4) Dies geht auch aus der Recapitulation aller drei Klassen in §. 11. u. 12. I. de gradibus cogn. hervor: — quum enim prima causa sit suorum heredum et eorum, quos inter suos heredes jam enumeravimus; — Amotis quoque suis heredibus et quos inter suos heredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus agnationis habet, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque *potior* habetur, quam proximior cognatus; — — Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt, quoties neque suorum heredum jure, quique inter suos heredes sunt, neque agnationis jure aliquis praeferri debeat secundum ea, quae tradidimus.

Digitized by Google

nian zusammengeschmolzen [5]), und stehen ebenso wie die Klasse der testamentarischen, und der formellen Notherben, denn namentlich in Beziehung auf Letztere wird doch Niemand bezweifeln, daß Justinian die **sui** und **emancipati** im Notherbenrechte nicht anders gestellt wissen will, als in der ersten Intestatklasse.

§. 159. Schreiten wir jetzt fort zur genaueren Betrachtung des Institutionentitels **de bon. possessionibus.** Ich glaube, es kann keinem unbefangenen Leser entgehen, daß derselbe aus drei sich wesentlich von einander trennenden Theilen besteht [1]). Der erste umfaßt das **Princ.** und die ersten drei Paragraphen; er ist eine kurze historische Uebersicht über das frühere Prätorische Recht, dessen Entstehung und weitere Ausbildung. Justinian schließt diesen Abschnitt im §. 4 unverkennbar mit den Worten: **Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen etc.**, und beginnt nun (bis zum §. 7 **incl.**) die Darstellung der Prätorischen Erbklassen, welche er in das practische Recht recipirt habe. Mit dem §. 8 aber knüpft er wieder an die frühere historische Darstellung an, er erzählt die Entstehungsgründe des **successorium edictum** (s. Bd. I. S. 84), welches er nun auch zugleich nebst den für alle Klassen geltenden Vorschriften über die Fristen und die Agnitionsform der **b. p.** als geltendes Recht hinstellt. Mit diesem §. 8 also, der die allgemeinen sich auf alle Klassen der **b. p.** beziehenden Sätze enthält, beginnt der dritte Abschnitt. Wir haben uns nun den Inhalt dieser drei Abschnitte noch näher vor Augen zu stellen.

---

5) Nur hiedurch scheint mir erklärt werden zu können, was ich oben schon beiläufig erwähnte, daß Justinian gar nicht mehr in **Nov. 118** davon spricht, er hebe die drei Intestatklassen des Prätorischen Rechtes auf, und setze civilrechtliche an die Stelle, sondern daß er lediglich es so auffaßt, er wolle den Vorzug der Agnation vor der Cognation vertilgen (s. auch §. 157. Note 4). Civilrechtliche Klassen waren es auch schon vor der Nov. 118. gewesen.

1) Dies hebt auch v. Löhr Magazin **III. S. 352** hervor, nur daß er den §. 3. nicht zum ersten, sondern zum zweiten Abschnitte rechnet, was mir aber Justinians eigene Worte sehr deutlich zu widerlegen scheinen.

Digitized

1) Erster Abschnitt. Die b. p., sagt Justinian, sei zur Emendation des Civilrechts eingeführt; und diese Emendationen zeigten sich nicht bloß im Intestaterbrecht, von denen schon in vorhergehenden Titeln die Rede war, sondern auch in der testamentarischen Succession; es sei nämlich durch den Prätor die Institution der **postumi alieni** möglich geworden. Gleich die Art, wie dies ausgedrückt wird, ist für uns von Interesse. Justinian sagt, der **postumus alienus** habe die **hereditas** nicht **jure civili** antreten können. Er setzt dann hinzu: **sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.** — Dies ist die einzige Emendation, die bei der testamentarischen Succession angeführt wird, und indem nun gesagt wird, auch diese sei ins Civilrecht aufgenommen, liegt dabei nicht der Gedanke im Hintergrunde, die übrigen Theile der **sec. tab. b. p.** seien ebenfalls dem Civilrecht nicht mehr unbekannt? [1a]). Daß in der That so der Gedankengang Justinians war, sieht man aus dem Folgenden, indem er nun gleich (§. 1) hervorhebt, es gebe auch einige Theile der **b. p.**, in denen von Anfang an der Prätor mit dem Civilrecht übereingestimmt habe. Im §. 2. kehrt dann der Institutionenverfasser zu denen zurück, welche der **Praetor solus vocat ad hereditatem** (also zu den emendirenden und correctorischen Klassen), um die juristische Bedeutung, welche diese gehabt hätten, kurz zu erklären; **heredes** seien sie nicht gewesen, denn **heredes** könnten nur durch **leges, Scta** und kaiserliche Constitutionen gemacht werden. Uebrigens seien die im Bisherigen schon erwähnten Klassen nicht die einzigen vom Prätor neu aufgestellten; der Prätor habe gar vielfach Gelegenheit gehabt, das alte enge Recht zu erweitern. So findet denn Justinian es passend, eine vollständige Ueber-

1a) Denselben Sinn haben nun auch in der Justinianeischen Compilation die Worte der l. 19. C. de testam. **omnia quae scriptis heredibus competunt, jubemus eos habere, nec super b. possessionis petitione ullam controversiam nasci, quum pro herede agere cuncta sufficiat, et jus omne ipsa complere aditio videatur.** Der im test. princ. oblatum Eingesetzte soll gerade so stehen, wie alle übrigen **scripti heredes** (s. §. 138), daraus folgt aber doch, daß alle **scripti heredes** der Agnition der b. p. überhoben sind.

Digitized by Google

ſicht aller vom Prätor aufgeſtellten Klaſſen (im §. 3.) zu geben.

2) Zweiter Abſchnitt. Hierauf geht Juſtinian zum practiſchen Rechte über [2]), und dies iſt uns von ganz beſonderem Intereſſe, um urtheilen zu können, ob denn in der That die Inſtitutionen dem, was wir aus dem Codex und den Novellen geſchöpft haben, widerſprechen. Die uns intereſſirenden Worte ſind folgende:

> **Sed eas quidem Praetoria introduxit jurisdictio; a nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris Constitutionibus omnia corrigentes contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato Unde liberi, et Unde legitimi bonorum possessiones.** Nachdem dann die b. p. der **decem personae** für aufgehoben erklärt wird, ſchließt er den §. 4. mit den Worten: **et quintam fecimus, quam Praetor proximis cognatis pollicetur.** Im §. 5 iſt darauf von den ſich auf das Patronatrecht beziehenden Klaſſen die Rede, was Alles durch ſeine darüber erlaſſene Conſtitution weggefallen ſei. §. 6. **Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur, et nono loco inter veteres b. possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto eam posuimus, — — —, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes.** Der §. 7. handelt zuletzt noch von der extraordinären Klaſſe **quibus ex legibus.**

Es ſind freilich mancherlei Bedenken, die ſich bei dieſer Darſtellung erheben. Wir wollen ſehen, ob ſie ſich alle befriedigend löſen laſſen. Zuerſt fällt wohl einem Jeden die conſtante Wie-

2) Wenn v. Löhr a. a. O. ſagt: „eine eigentliche Darſtellung des Geltenden mangelt ganz (man müßte die Erwähnung der b. p. ex edicto unde vir et uxor dahin zählen wollen“), ſo verſtehe ich dies nicht recht. Wenn es heißen ſoll, Juſtinian wolle nur eine Ueberſicht, nicht eine tiefer eingehende Entwicklung des Geltenden geben, ſo ſtimme ich ganz bei.

derholung der Perfecta auf, woraus mit Sicherheit der Sch
gezogen werden darf, daß Justinian nicht erst hier in den J
stitutionen etwas Neues anordnen will, sondern daß er die
sammte Umgestaltung der b. p. für das practische Recht sch
früher vorgenommen hat. Er will hier nur sämmtliche Th
seiner sich auf die b. p. beziehenden Gesetzgebung noch einm
übersichtlich zusammenstellen, damit dies die Stelle eines die ga
Lehre mit einem Male regulirenden Collectivgesetzes vertrete[3].

Nun aber fragen wir: wo ist denn diese dem Institut
nenverfasser vorliegende Gesetzgebung, die nach seinen Wort
(**omnia corrigentes**) als eine sehr tief eingreifende dargest
wird? Ein einzelnes Gesetz, das uns verloren gegangen wär
können wir unmöglich, wie ich schon oben bemerkte, annehmen.
Unsere Stelle spricht ganz dagegen. Durch eine Mehrheit von
Constitutionen (**nostris Constitutionibus**) heißt es, sei Alles
corrigirt worden. Aber wenn sich auch einzelne Klassen der
b. p. und deren Umgestaltung durch Justinian in besonderen
Constitutionen nachweisen lassen, so ist das nimmermehr von
allen z. B. der b. p. **unde cognati** und **unde vir et uxor**
möglich, und auch hier die Voraussetzung eines Verlustes Ju
stinianeischer Gesetze gänzlich unwahrscheinlich.

Man könnte daher denken, das Perfectum beziehe sich auf
die eben vorhergehende Darstellung der Institutionen; dort habe
Justinian die Zusammenschmelzung des Prätorischen mit dem
übrigen Rechte durchgeführt, und so hebe er dies jetzt nach-
träglich in diesem Anhangstitel, nur noch einmal hervor, um
alle Mißverständnisse abzuschneiden. Aber dann müßte man
den Ausdruck **nostris Constitutionibus** doch sehr uneigentlich
verstehen, ferner steht entgegen, daß auch gerade schon in den
voraufgehenden Institutionentiteln die Verschmelzung des Prä-
torischen Rechts mit dem Civilrecht als etwas Vergangenes
nicht erst jetzt Angeordnetes dargestellt wird, und endlich paßt
diese Erklärung auch gar nicht auf die b. p. **unde vir et**
uxor, die im Bisherigen gar nicht erwähnt war, und von der
es nun doch hier heißt: **servavimus, posuimus.**

Wir werden also zur Erklärung unseres Satzes noch wei-

3) s. Bd. I. Einleitung S. XI.

Digitized by Google

ter zurückgewiesen, und müssen prüfen, in welcher Gestalt die b. p. in den Justinianeischen Codex recipirt worden ist, dessen Anordnung damals gewiß nicht anders gewesen sein wird, als sie in dem **Codex repetitae praelectionis** vor uns liegt. Die b. p. nimmt hier im sechsten Buche die Titel 9—19 ein, und in der That trifft es nun vollkommen zu, daß die im Codex in eigenen Titeln recipirten Klassen genau die sechs in den Institutionen aufgezählten sind. Ja noch mehr. Ein Titel über die b. p. **ex legibus** fehlt, und damit stimmt es ganz zusammen, daß in den Institutionen in dem davon handelnden §. 7. ein auf die Constitutionen verweisendes Perfectum augenscheinlich vermieden ist, so daß dies wie eine neue Reception sich darstellt, für die dann noch gleichzeitig in den Pandekten ein correspondirender Titel gemacht wurde.

Justinian also meint, wie wir wohl nicht bezweifeln dürfen, mit den Worten **nostris Constitutionibus omnia corrigentes** theils allerdings seine eigenen hie und da eingreifenden Constitutionen, theils aber setzt er auch überhaupt in die Aufnahme im Codex einen Gesammtgrund für die Correction der b. p. Nun habe ich oben schon bemerkt (§. 153.), daß an und für sich die Aufnahme der b. p. in die Compilation sie, wenn man das so nennen will, zu Civilrecht gemacht hat, daß aber, wenn Justinian nicht bloß die Prätorischen Erbklassen, sondern auch deren eigenthümliche Delations- und Acquisitionsregeln mit aufgenommen hätte, in der Stellung der b. p. zum bisherigen Civilrecht nichts verändert sein würde. Etwas ganz Anderes aber ist es, wenn wir nun Justinian deutlich aussprechen sehen, daß er die Reception der Prätorischen Erbklassen anders verstanden wissen wollte, wenn wir seinen Willen erkennen können, daß diese seit seiner Aufnahme als den civilrechtlichen ganz gleichstehende Klassen gelten, also auch mit ihnen unter denselben Regeln der Erbantretung vereinigt sein sollten. Diesen Willen scheint mir nun aber die Zusammenhaltung des §. 2. und 4. unseres Titels unverkennbar zu ergeben. Dort sagte Justinian, die welche der Prätor **solus vocat**, seien keine **heredes**, wohl aber die durch kaiserliche Constitutionen Gerufenen. Nachdem dann die einzelnen Theile der b. p. angegeben sind, fährt er fort: „so weit reichte die

Digitized by Google

Thätigkeit des Prätors, wir aber haben, durch unsere Constitutionen Alles corrigirend, die **contra** und **secundum tabulas** sowie die **unde liberi** und **legitimi** zugelassen.“ Das heißt doch offenbar: Diese sollen jetzt allesammt, weil sie durch unsere Constitutionen gerufen werden, **heredes und jure civili non incogniti** sein, so daß es nicht mehr darauf ankommt, ob bisher diese Klassen bloß auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, oder schon von Anfang an **confirmandi jur. civ. gratia** gegeben waren.

Daß Justinian wirklich diesen Gedanken, wie ihn die Worte sehr einfach darlegen, hatte, wird ja auch entschieden durch den oben genauer analysirten Inhalt der voraufgehenden Institutionentitel bewiesen. Justinian will die vier Klassen **contra, sec. tab. unde lib.** und **legitimi** nicht mehr als eigene selbständige Klassen der Prätorischen Jurisdiction, sondern als völlig verschmolzene Theile der vier Klassen zulassen, die er in den Institutionen als Civilrecht vorträgt. So wird uns denn auch verständlich, was Justinian mit den Worten sagen *will*, er habe diese Klassen: **utpote necessarias constitutas** admittirt. So lang sie nur auf der Prätorischen Jurisdiction ruhten, erschienen sie noch immer als ein besonderes **beneficium**, für dessen Erlangung auch die Nothwendigkeit besonderer Bemühungen (nämlich der Agnition) erklärlich war. Justinian aber hat sie, indem er sie mit den übrigen civilrechtlichen Regeln zusammenwirft, zu nothwendigen Theilen des Rechtes gemacht, für die deßhalb auch die gewöhnlichen Regeln, wie man Erbrecht erwirbt, eintreten.

Was Justinian von den vier ersten Klassen sagt, dürfen wir wohl unbedenklich auch auf die fünfte übertragen. Er stellt, wie wir oben gesehen haben, die **successio** der Cognaten völlig auf gleiche Stufe mit der der Descendenten und **legitimi**, und so ist nicht der geringste Grund vorhanden, daß wenn er von ihr sagt, **quintam fecimus**, wir nicht meinen sollten, er rechne sie ebenso wie die vorhergehenden vier unter **die necessarias constitutas.**

Am meisten Zweifel erregt die letzte Klasse, die **b. p. unde vir et uxor.** Wollte Justinian sie lediglich als ein auf der Prätorischen Jurisdiction ruhendes **beneficium** bestehen lassen,

Digitized by Google

wollte er daher auch die besonderen Voraussetzungen zur Erlangung dieses **beneficium**, die Agnitionsregeln, fernerhin beibehalten? Dafür spricht, daß sie in den voraufgehenden Institutionentiteln ganz übergangen, also wie es scheint ins Civilrecht nicht aufgenommen ist. Aber ein anderer Grund überwiegt doch hier, wie mich dünkt, vollkommen. Mag es Absicht sein, daß man hinter dem Titel **de successione cognatorum** keinen eigenen Titel für diese Klasse anlegte, weil man es für einen so kurz abzumachenden Gegenstand nicht der Mühe werth fand, oder mag man an jenem Orte nicht daran gedacht haben, jedenfalls zeigt die Darstellung in unserem Titel **de bon. poss.**, daß, indem man nun hier die bisher übergangene Klasse nachholte, man ihr durchaus dieselbe Stellung geben wollte, welche die vorhergehenden Klassen einnehmen. Das Perfectum in der Darstellung wird hier ganz wie im Bisherigen beibehalten, wir müssen also bei dem **servavimus** und **posuimus** noch immer: **nostris Constitutionibus** hinzudenken, und darin liegt denn eben, daß diese Klasse nicht weniger wie die anderen, auf einer civilrechtlichen Quelle und nicht mehr auf der bloßen Prätorischen Jurisdiction ruhen soll. —

Bis hieher scheint mir der zweite Abschnitt unseres Titels einen ganz passenden, von den Verfassern wohl überlegten Sinn zu haben, und ich glaube, man wird zugeben, daß man mit ungezwungener Interpretation zu demselben Resultat gelangt, auf welches uns gleichmäßig Basilikenscholiasten, Coderstellen, Novellen, und die voraufgehenden Institutionentitel führen, nämlich daß alle von Justinian recipirten Erbklassen den Charakter der Civilerben haben, also nur der civilrechtlichen Antretung bedürfen. Was nun aber Justinian im §. 7. mit der **b. p. ut ex legibus** will, bei der er nicht mehr auf seine Constitutionen verweist, wofür indeß noch in den Pandekten ein eigener Titel gemacht ist [4]), ich gestehe offen, daß ich mir

4) Septima eas secuta, quam optima ratione Praetores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam b. p. quibus ut detur lege vel SCto vel Constitutione comprehensum est; quam neque bonorum possessionibus, quae ab intestato veniunt, neque iis, quae ex testamento sunt, Praetor stabili jure commemoravit, sed quasi ultimum et extraordinarium

Digitized by Google

dies nicht recht erklären kann. Will er damit sagen, daß auch in diesen Fällen die durch Gesetze eingeführte **bon. poss.** reines Civilrecht sein soll? Die Worte scheinen im Gegentheil darauf zu führen, daß hier noch fortwährend die Agnition der **b. p.** als **extraordinarium auxilium** fortbestehen soll, und so könnte man dies gerade als Argument benutzen, daß Justinian auch wohl für die übrigen Klassen die Agnition als eine Nothwendigkeit habe beibehalten wollen. Aber dies Argument ist doch wieder ein sehr hinfälliges und unsicheres, denn man weiß gar nicht, welche Fälle eigentlich Justinian hieher rechnet, im Gegentheil man kann wohl mit Sicherheit sagen, daß es im practischen Rechte Justinians gar keinen Fall giebt, der dahin gehörte. Ueberdem sind die Worte, ohne auf Justinians Constitutionen zurückzuweisen, rein erzählend, und man kann also meinen, daß hier eben nur eine historische Notiz gegeben werden sollte, die sich an die Erzählungen des *ersten Abschnittes* und die des dritten anschließt, ohne **anwendbares Recht** enthalten zu sollen. Auf alle Fälle scheint mir die Sache viel zu unklar, um die anderen Beweise, welche wir im Bisherigen haben kennen lernen, aufwiegen zu können, und es giebt in der That noch einen Weg der Erklärung, der vielleicht Billigung verdient, der aber erst im folgenden § seine Stelle finden kann.

§. 160. — 3. Wir gelangen jetzt zu dem dritten Abschnitt des Institutionentitels. Mag es mit der **b. p. ut ex legib.** sein wie es will, so sehen wir doch aus dem zweiten Abschnitt, daß Justinian die sechs ordinären Klassen durch seine Constitutionen für zugelassen erklärt. Er will sie nicht mehr als eigene Klassen der Prätorischen Jurisdiction gelten lassen, und bei mehren derselben hat er denn auch in den vorausgehenden Titeln ihre völlige Verschmelzung mit den betreffenden Theilen des Civilrechts ganz unzweideutig anerkannt. Nun aber nimmt er im §. 8. den Faden der Geschichtserzählung

---

auxilium, prout res exigit, accommodavit, scilicet iis qui ex legibus, SCtis Constitutionibus Principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.

Digitized by Google

wieder auf. Der Prätor habe außer der Einführung neuer Erbklassen, wie sie im §. 3 angegeben waren, noch einen besonderen Zweck zu erreichen gesucht, nämlich die rasche Regulirung der Erbschaftsangelegenheit, insbesondere zur baldigen Befriedigung der Gläubiger, damit diese nicht nöthig hätten, den Concurs zu eröffnen. Zu dem Ende habe er den in eine bestimmte Reihenfolge geordneten Klassen gewisse Agnitionsfristen vorgeschrieben, nach deren Versäumung der Prätor entweder die Miterben, oder die folgende Klasse zugelassen habe. Die Fristen betrügen 100 Tage und für die **parentes et liberi** ein Jahr. Sie seien aber ein **tempus utile**; und man brauche auch in Beziehung auf dies **petere** der **b. p.** jetzt nicht mehr in Sorge zu sein, indem die früheren Kaiser mit Recht jede Art von Willensäußerung für genügend erklärt hätten, sobald sie nur in der bestimmten Frist geschähe [1]).

Zuvörderst könnte man glauben, Justinian erkenne durch diese Endworte geradezu an, daß auch die Prätorischen Erbklassen nur noch der **hereditatis aditio** bedürften, denn von einem Erscheinen vor dem Richter ist gar nicht die Rede, und die ganz freien Willensäußerungen sind ja eben der Charakter der civilrechtlichen Antretung [2]). Aber dem steht entgegen, daß Justinian entschieden die Fristen der **b. p.** hier anerkennt, in die er bekanntlich die **her. aditio** nicht eingeschlossen hat, ferner daß er ausdrücklich auf die früheren Kaiser (namentlich **l. 9 C. qui admitti**) verweist, also auch unmöglich mehr sagen kann, als was jene schon angeordnet hatten. Es leidet daher wohl keinen Zweifel, daß Justinian nur hervorheben will, die alte formelle **petitio** sei nicht mehr nöthig, jedes **admittere** (also die **agnitio**) genüge, aber freilich wird als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, daß dies vor einem Richter geschehen müsse.

---

1) §. 10. h. t. — Sed bene anteriores principes et huic causae providerunt, ne quis pro petenda b. possessione curet; sed quocunque modo si admittendi eam indicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

2) l. un. Th. C. de cret. vel b. p. — „qualicunque aditae vel adeundae hereditatis indicio," s. Hugo R. G. S. 1128 Note 2.

Digitized by Google

Wir sehen mithin, daß Justinian, wenn er gleich diesen dritten Abschnitt erzählend beginnt, dennoch das darin vorgetragene **successorium edictum**, mit seinen Fristen und Agnitionsvorschriften, als durchaus geltendes Recht hinstellt, womit es denn durchaus übereinstimmt, daß sowohl im Coder als in den Digesten darauf bezügliche Stellen in nicht geringer Zahl recipirt sind.

Wir sind hier also auf den entscheidenden Punkt gelangt, wo wir nach den im Bisherigen gegebenen vorbereitenden Untersuchungen, die abschließende Antwort über die von uns aufgeworfenen Fragen zu geben haben. Wir haben jetzt alles Material, was, wie ich glaube, für die Entscheidung in Betracht kommt, vor unseren Augen ausgebreitet. Drei Antworten sind überhaupt nur denkbar. Die erste, welche durchgehends die heutigen Schriftsteller zu theilen scheinen (§. 154. Note 1): es sei die **b. p.** in der Justinianeischen Compilation *als ein* geschlossenes Ganzes beibehalten worden, also wo Jemand *in* unseren Quellen nur zur **b. p.** gerufen werde, da habe er noch immer die Agnition in bestimmter Frist vorzunehmen. Ich habe gezeigt, daß, wenn auch diese Ansicht auf den ersten Blick einigen Grund für sich hat, dennoch das, worauf man sich dabei stützt, auch anders erklärt werden kann, und daß ihr in Justinians Codergesetzen und Novellen Hindernisse entgegenstehen, die, soviel ich wenigstens sehen kann, ohne gezwungene Erklärungen unübersteiglich sind. Die zweite Ansicht ist die, daß Justinians Arbeiter sich selbst nicht klar gewesen sind, daß sie an manchen Stellen der Compilation die Agnition anerkennen, an anderen sie gänzlich vergessen, und so gleichsam factisch außer Geltung setzen. Dies ist eine weit eher zulässige Annahme, und ich würde derselben beitreten, wenn nicht, wie ich im Bisherigen gezeigt habe, auch gerade die Institutionen aus so vielerlei Umständen die Absicht Justinians hervorleuchten ließen, daß er die Prätorischen Erbklassen mit dem Charakter des Civilrechts bekleiden wolle. Und innerhalb dieses engen Gebietes der Institutionen, ja innerhalb eines und desselben Titels können sich die Compilatoren doch nicht so widersprochen haben, daß sie in einem Athem Alle Erbberechtigten als **heredes** (also zur **her. aditio** befugt) anerkannt, und doch wieder für die

Digitized by Google

Prätorischen die Nothwendigkeit der Agnition vorgeschrieben hätten.

Somit bleibt nur noch die dritte Ansicht übrig, die sich aus dem Bisherigen leicht zusammensetzen läßt. Es hatte sich in der Kaiserzeit die **b. p.** in zweierlei zerspalten. Im großen Ganzen war sie durchaus ein Element der definitiven, petitorischen Erbberechtigung geworden. Aber man hatte auch das possessorische Element im **Int. quor. bon.** sich bewahrt. Man faßte dies als ein ganz besonderes **beneficium** auf, das der Prätorische Erbe nach der Agnition neben seiner **her. vindicatio** hat, das aber auch jeder Civilerbe durch Agnition erlangen kann. Wenn nun gleich das Bewußtsein dieses possessorischen Elementes sich bald nach Justinian im griechischen Rechte gänzlich verlor, so muß es doch wenigstens bei Justinians Arbeitern noch in gewisser Weise vorhanden gewesen sein, sonst würden sie das Interdict als ein von der **her. pet.** verschiedenes Rechtsmittel nicht recipirt haben (§. 156). Und ferner ist es unzweifelhaft, daß für die Geltendmachung dieses Interdictes die Nothwendigkeit der Agnition festgehalten wurde. Auch bei den Institutionenverfassern muß dies Bewußtsein des Interdicts vorausgesetzt werden, da sie es im §. 3 **I. de interdictis** aufgenommen haben, und zwar gar nicht gedankenlos die Worte des Gaius abschreibend (s. §. 143.). Aus Gaius **III. 34.** nun aber wußten die Institutionenverfasser, daß für die Civilerben die **b. p.** nur durch das Interdict ein **beneficium** ist. Hiernach lag es doch sehr nahe, daß Justinians Rathgeber auf folgenden Gedanken kamen:

Die Prätorischen Erbklassen sollen nicht mehr sich lediglich auf die Prätorische Jurisdiction stützen, also, daß sie überhaupt zur **successio** gerufen werden, ist nicht mehr ein eigenthümliches **beneficium**, sondern sie sollen, sogut wie die civilrechtlichen, **necessariae constitutae** sein. Zur Erlangung dieser **successio**, mithin zur Geltendmachung der **her. pet.**, bedarf es daher allgemein nur der **her. aditio und pro herede gestio.** — Dagegen soll das possessorische Rechtsmittel ebenfalls und zwar ganz allgemein bestehen bleiben; es soll dies noch fernerhin, so wie es schon zu Gaius Zeiten für die Civilerben war, ein besonderes **beneficium** für die Besitzerlangung sein. Wer aber

Digitized by

ein schleuniges Rechtsmittel benutzen will, von dem kann man auch mit Fug verlangen, daß er nach bestimmten Vorschriften (nämlich vor einem Richter und in einer gewissen Frist) seinen Willen der Antretung erkläre, m. a. W. daß er b. possessionem agnoscire.

Auf diese Weise vereinigt sich das, was auf den ersten Blick widersprechend scheint, vollkommen. Wir können es hiernach nur natürlich finden, daß Justinian in den Institutionen sogut wie im Codex und den Novellen das Civil- und Prätorische Recht als **in unam consonantiam** vereinigt behandelt, und daß er umgekehrt doch auch das **successorium edictum** und die Agnitionsregeln in Digesten, Codex und Institutionen aufnimmt. Ja der Gedankengang in unserem Institutionentitel scheint mir sehr deutlich hierauf hinzuweisen. Nachdem im zweiten Abschnitt ausgeführt ist, welche Klassen man durch die Constitutionen als **necessarias constitutas** zugelassen habe, beginnt dann Justinian im §. 8 die Erzählung, auf welche Weise der Prätor es bewirkt habe, daß die Erbschaftsangelegenheit rasch regulirt werde. Offenbar aus demselben Zweck behält nun Justinian dies **successorium edictum**, und schließt damit: Alle, die sonach **intra statuta tempora** die **bonorum possessiones** agnosciren, sollten **plenum earum beneficium** haben. Das ist eben das **beneficium**, wovon Gaius III. 34. spricht.

Hiemit scheint mir auch der einzig wahrscheinliche Ausweg gebahnt für die Bedeutung der b. p. **ex legibus** nach der Justinianeischen Ansicht. Ich sagte schon, daß es gar keinen Fall giebt, der in der Compilation wirklich darunter paßt. Und in der That scheint Justinian sie auch in einem ganz anderen Sinne zu nehmen, als den sie ursprünglich hatte. Im Anfange des §. 7. (s. oben §. 159. Note 4) erklärt er sie freilich richtig als den Fall, wo das Gesetz lediglich eine b. p. verleiht. Am Ende des § aber wird gerade das Charakteristische derselben wieder ganz verwischt: der Prätor habe sie denen accommodirt, **qui ex legibus, SCtis, Constitutionibus principum ex novo jure vel ex testamento vel ab intestato veniunt.** Das **veniunt** umfaßt also Alle die, welche zur Erbschaft nach neuerem Rechte **gerufen** werden.

Digitized by Google

Es ist daher wohl nicht zu gewagt, hier den Compilatoren ein reines Mißverständniß Schuld zu geben; wir verfahren dadurch milder, als bei der Annahme, sie hätten hier etwas aufgestellt, worunter sie sich gar nichts denken konnten. Sie nahmen wahrscheinlich an, **b. p. ex legibus** ist die, welche ein **ex novo jure** zur Erbschaft Gerufener, ebenso wie jeder andere Civilerbe agnosciren kann.

Sobald wir diese Voraussetzung anerkennen, so schwindet die letzte Unklarheit, die unser Titel **de bon. poss.** uns noch darbietet. Das Wort **bon. possessio** bezeichnet ein Doppeltes: das Recht des **praetorius successor** d. h. sein definitives Erbrecht, was er aber schon durch **her. ad.** erlangen kann, und das besondere possessorische **beneficium**, zu dessen Erlangung die Agnition der **b. p.** noch immer nöthig ist. Nun hatte Justinian schon im ersten Abschnitt gesagt, daß der Prätor auch gewisse Klassen **confirmandi juris civilis gratia** eingeführt habe d. h. ja gerade solche, wodurch auch Civilerben das Interdict mittelst der Agnition erlangen könnten. Nachdem er nun im zweiten Abschnitt die Erbklassen, welche er recipirt (und darunter sind auch jene das alte Civilrecht confirmirenden), aufgeführt hat, so will er nun im dritten Abschnitt angeben, daß alle diese Klassen durch Agnition der **b. p.** das besondere darin enthaltene **beneficium** des Interdictes erlangen könnten. Hier konnte ihm nun aber der Gedanke kommen, wie es denn mit denen sei, welche sich weder auf altes Civilrecht noch Prätorisches stützen, sondern die **ex novo jure veniunt.** Es war unbedenklich, daß sie auch zu dem **beneficium** der **b. p.** müßten gelangen können. Deßhalb schob man denn noch vorher alle diese als siebente Klasse ein, so daß der §. 7 einen Uebergang zu dem Folgenden bildet, und eben nur um dieses Folgenden willen eingefügt wurde.

Ich weiß wohl, daß dieser Erklärungsversuch ziemlich gewagt ist, aber vielleicht wird, wer mit der Art und Weise, wie die Compilatoren meist zu Werke gingen, vertraut ist, ihn darum noch nicht als unwahrscheinlich hinwegwerfen.

§. 161. Wir haben das im Bisherigen gewonnene Resultat jetzt zum Schlusse noch in mehrern Punkten zu vervollstän-

Digitized by Google

digen, um es in seinem ganzen Umfange erscheinen zu lassen.

Der Ausdruck **bonorum possessio** hat jetzt einen doppelten Sinn. 1. Er bedeutet zuerst und regelmäßig die **successio ex jure praetorio**, welche von Justinian mit der **ex jure civili** oder **legitimo vocari** [1]), nachdem nun auch die Agnition der b. p. nicht mehr nöthig war, vollkommen zusammengeschmolzen ist. Es giebt nicht mehr eigene abgesonderte Prätorische, sondern es sind die von Justinian anerkannten civilrechtlichen Erbklassen, in welche die Regeln der Prätorischen Jurisdiction Aufnahme gefunden haben. Die erste regelmäßige Erbklasse ist die testamentarische, der nur, wenn die Bedingungen des Notherbenrechtes nicht erfüllt sind, ausnahmsweise das Recht der **sui** und **emancipati** vorgeht, während das Recht der übrigen mit der **querela inoff.** Auftretenden hintendrein eine Vernichtung der testamentarischen Succession herbeiführt. Der testamentarischen Klasse reihen sich dann die Intestatklassen an, zuerst die der **sui** und derer, welche durch den Prätor und die Kaiser den **sui** gleichgestellt sind, zweitens die **legitimi**, drittens die **cognati**, endlich **vir et uxor.** Für diese fünf regelmäßigen Klassen hat Justinian eine civilrechtliche **successio ordinum** anerkannt, welche von dem **successorium edictum** wesentlich abweicht. Die Intestatsuccession soll eintreten, wenn entweder kein Testament vorhanden oder Niemand daraus **heres** geworden ist, und es hat keinen Zweifel, daß unter solchem **heres** auch der zu verstehen ist, **ad quem** (wie in Note 1 gesagt ist) **bona honorario jure pertinent** [2]). Also erst im Falle des Nichtvorhandenseins eines **ex testamento** Antretenden folgt

1) §. 10 I. de fideic. libert. Praeterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hereditatem suam — — restituat. Dies definitive Erwerben (succedere jure praetorio), welches mit dem Ausdruck petere b. p. gewöhnlich bezeichnet wird, hebt Theodos in l. 18 C. de test. noch besonders hervor: vel bonorum possessionem petere, et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere. s. auch §. 128 Note 5.

2) Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit.

Digitized by Google

auf die teſtamentariſche Succeſſion die Delation aus der erſten Inteſtatklaſſe, und wenn dies gleich auch in der Juſtinianeiſchen Compilation noch an jene eigenthümliche Interpretation der 12 Tafeln über das **tempus, quo certum est aliquem intestatum decessisse** angelehnt wird, ſo behandelt es Juſtinian doch mit Recht als einen wahren **transitus** von der teſtamentariſchen zur Inteſtatklaſſe, der nicht mehr bloß **ex jure honorario** ſondern **ex jure civili** Statt finden ſoll, mit anderen Worten, es findet hier eine wahre **ordinum successio** Statt [3]), bei der das Unterbleiben der Antretung, nicht aber der bloße Ablauf einer gewiſſen Friſt, die Bedingung für die Berufung der folgenden Klaſſe iſt.

Ebenſo wie ſich die erſte Inteſtatklaſſe an die teſtamentariſche anknüpft, ſo folgen nun auch die mehren Inteſtatklaſſen aufeinander. Juſtinian trennt nicht mehr, wie dies bisher der Fall war, die civilrechtliche und Prätoriſche Delation, er ſagt nicht: dem **legitimus** werde das Civilrecht beim Nichtvorhandenſein eines früheren Civilerben, die **b. p.** aber nach Ablauf der vorhergehenden Prätoriſchen Friſt deferirt, ſondern Civil- und Prätoriſche Erben ſind jetzt eine Klaſſe geworden, und den **legitimi** wird die **hereditas** deferirt, wenn aus der vorhergehenden Klaſſe der **sui** und **emancipati nemo exstat,** (§. 154. u. 158.). Alſo wieder nicht der Ablauf einer Friſt, ſondern lediglich der Zeitpunkt, wo es ſicher iſt, daß Niemand aus der vorhergehenden Klaſſe ſich die Erbſchaft aneigne, begründet die **successio** der folgenden. Und ganz ebenſo reiht dann Juſtinian die **successio** der Cognaten an die der Agnaten, ſo daß wir alſo hier ſchon ganz dieſelbe Verknüpfung der Klaſſen finden, wie ſie nachher auch in der **Nov. 118.** zwiſchen den nur innerlich umgeſtalteten Verwandtſchaftsklaſſen Statt findet [4]).

Wir ſehen hiernach, daß die in der Compilation anerkannten Erbklaſſen nicht bloß die Vorſchriften der Prätoriſchen Antretung, ſondern auch die Prätoriſchen Delationsfriſten abge-

3) ſ. Bd. I. S. 117. 118. und oben §. 114 zu Note 8.

4) Nov. 118. cap. 2. — si defunctus descendentes heredes non reliquit — cap. 3. pr. si defunctus neque ascendentes relinquat. §. 1. si defunctus neque fratres neque fratrum liberos, ut diximus, reliquerit.

streift haben, wogegen allerdings die Idee des **successorium edictum** sich in soweit ins Civilrecht recipirt findet, daß, sei in der früheren Klasse Niemand mehr vorhanden ist, **transitus** der Berufung auf die folgende Statt findet. Institutionen sind gerade der Theil des Corp. jur., in welch diese Umgestaltung Justinians allein recht hervorgehoben werd konnte. Im Coder dagegen hätte Justinian sie nicht ande als durch eine eigene Constitution ausdrücken können, und dies unterlassen wurde, so ist es nicht zu verwundern, daß hier nur, gleichsam als Einleitung zum eigentlichen Erbrecht in kurzen Titeln die Klassen vorausgeschickt wurden, welche Justinian aus der b. p. in sein Recht recipiren wollte. Noch weniger kann es auffallen, daß aus den Pandekten die von Justinian beabsichtigte Verschmelzung der civilen und Prätorischen Klassen an und für sich nicht zu ersehen ist. Die Schriften der juristischen Klassiker rührten aus einer Zeit her, wo die b. p. noch in vollkommenem Gegensatz zur **hereditas** sowohl in Beziehung auf Acquisition als Delation stand. Die Compilatoren konnten hier lediglich darauf ausgehen, Sorge zu tragen, daß nicht die Pandekten in vollkommenem Widerspruch mit dem standen, was die Schüler schon im ersten Jahr aus den Institutionen erlernt hatten. Aber es scheint sie überhaupt bei der Zusammenstellung des 37 und 38ten Buches der Gesichtspunkt geleitet zu haben, daß, ebenso wie schon im Institutionentitel **de bon. poss.** die historischen Notizen zur Erklärung des Ganzen nicht völlig zu entbehren waren, so auch Vieles in die Pandektentitel aufzunehmen sei, was zur größeren Anschaulichkeit der früheren Prätorischen Jurisdiction dienen könnte. Deßhalb trennte man denn auch diese beiden Bücher von dem übrigen Erbrecht, und schloß sie aus dem Kreise der **partes**, worüber Vorlesungen gehalten wurden, aus. Trotz dem aber ist auch in den Pandekten aus der darin enthaltenen Anordnung die Verschmelzung des civilen uud Prätorischen Rechtes, wie sie die Institutionen darlegen, wenigstens äußerlich zu erkennen. Die zuerst für das System des Erbrechts sich darbietenden Hauptabtheilungen waren die testamentarische und die Intestatsuccession. Nun wurden zuerst die testamentarische Universalsuccession des Civilrechts (Buch 28. 29) und die Legate

Digitized by Google

(B. 30—36) vorangestellt, welche beiden Lehren man, als zu den **quatuor libri singulares** gehörig, nicht wohl durch Zwischenschiebung der **b. p.** trennen konnte; alsdann aber folgen gleich die **bonorum possessiones ex testamento** (Buch 37 bis Titel 11). Die testamentarische Successsion ist dann von der Intestatsuccession durch die Lehre vom Patronatrecht und den daraus hervorgehenden besonderen Erbrechten getrennt (Buch 37. Tit. 12 — B. 38. Tit. 5.), und nun folgen die Lehren der Intestatsuccession in der Weise, daß die Prätorischen Bestandtheile voraussstehen, (Titel 6—15.) und die civilrechtlichen den Schluß bilden, weil in der Intestatsuccession das Prätorische Rechtselement durchaus überwog. — Es stehen also sowohl bei der testamentarischen wie bei der Intestatsuccession das civile und Prätorische Recht zusammen, um auch hierdurch die Verschmelzung Beider anzudeuten, nur geht bei dem ersten Theil das Civilrecht voraus, während es beim zweiten nachfolgt; und so kommt es, daß auch wieder alle Theile der **b. p.** bei einander stehen und mit seinem einleitenden allgemeinen Titel **de bonorum possessionibus** versehen werden konnten. Jedenfalls aber heißt, wenn hier in den einzelnen Pandektentiteln die Juristen von **bonorum possessionem petere** sprechen, dies nichts Anderes als: **jure honorario succedere.** Die Compilatoren konnten dies unverändert stehen lassen, da es allerdings wünschenswerth war, daß jeder Berufene in bestimmter Frist vor dem Richter die Erbschaft antrete, und man deßhalb keineswegs die Agnition für die Erlangung des definitiven Erbrechts direct aufgehoben hatte. Nur ist dabei festzuhalten, daß die Agnition nichts Nothwendiges mehr war, sondern das **successionem quoquo modo amplecti**, wie es Justinian von den **sui** und **emancipati** sagt, nach den oben mitgetheilten Coder- und Novellenbestimmungen das allgemeine Recht aller Erbklassen geworden ist.

2. Der Ausdruck **bonorum possessio** hat aber in der Justinianeischen Compilation noch eine zweite engere, und dem grammatischen Sinne der Worte näher liegende Bedeutung. Er bezeichnet in gewissen Fällen lediglich: **Besitz der Erbschaft**, womit denn noch gar nicht positiv angegeben ist, welche materiellen Rechte mit diesem Besitze verknüpft seien, sondern

Digitized by Google

nur negativ darauf hingedeutet wird, daß dadurch noch keineswegs eine definitive **successio ex jure Praetorio** erworben sei, obgleich sich freilich ein auf andere Gründe gestütztes definitives Erbrecht sogleich oder später damit **combiniren** kann.

Es ist dies aber immer nur eine exceptionelle Bedeutung, welche im Gegensatz zu jener regelmäßigen lediglich da angenommen werden kann, wo sie sich von dem in Rede stehenden Fall bestimmt nachweisen läßt. Hieher gehören einestheils jene schon oben hervorgehobenen Nebeninstitute, die **b. p. Carboniana**, (**ventris nomine**) und **furiosi nomine**, von denen weiter unten noch mehr die Rede sein wird; anderntheils aber namentlich das **Interd. quor. bon.**, welches als das Residuum des possessorischen Elementes der **b. p.** für alle Justinianeischen Erbklassen beibehalten wurde. Dies Interdict bildet das Schutzmittel für die **b. p.**, soweit diese als ein selbständiges allen Erbklassen nützliches Institut in der Justinianeischen Compilation bestehen geblieben ist. Aus dem Satze, daß *Justinian* alle Erbklassen zu civilrechtlichen gemacht habe, folgt der andere ganz von selbst, daß nämlich jetzt für sie insgesammt das **beneficium bonorum possessionis in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cujus principium est: quorum bonorum uti possit; alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili** [5]).

In diesem engeren durch das Interdict zusammengehaltenen Begriffe ist also das System der **b. p.** Alles was übrig bleibt, wenn man die definitive Erbberechtigung der ordinären Erbklassen sich hinwegdenkt, sie ist gar nicht mehr, wie früher eine Universalsuccession, bei der für Forderungen und Schulden noch besondere **fictitiae actiones** beständen, sondern sie gewährt nur den Besitz der **corpora hereditaria**, und die Erbschaftsgläubiger können gegen den **possessor hereditatis** nach den Regeln der **l. 12 C. de petit. her.** ihre Erbschaftsforderungen geltend machen. In dieser Gestalt bildet, wie man allerdings sagen kann, die **b. p.** noch immer ein gewissermaßen geschlossenes System, es gelten für sie die eigenthümlichen, durch die

5) Worte von Gaius III. 34.

Digitized by Google

civilrechtliche Antretung nicht ersetzbaren Agnitionsvorschriften. Justinian hat als den Weg, um zu dem Interdicte zu gelangen, unverändert für sämmtliche Erbklassen das **successorium edictum**, mit seinen Fristen und der Agnition vor einem Richter, recipirt. In dieser Hinsicht stehen also die sechs Hauptklassen, die wir oben als civilrechtliche anerkannt haben, rücksichtlich der possessorischen Geltendmachung ihres Erbrechtes noch immer als **bon. possessiones contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, legitimi, cognati, und vir et uxor** hintereinander; und wo etwa die **ex jure novo** Gerufenen nicht in eine dieser Klassen passen sollten, da hat Justinian durch die **b. p. quibus ex legibus** dafür gesorgt, daß sie mittelst dieses **extraordinarium auxilium** an der Stelle, wo sie überhaupt gerufen werden, auch zum Interdicte gelangen könnten. Deßhalb muß man sich denn auch, seitdem in Nov. 118 die drei Klassen der Descendenten, **legitimi** und Cognaten innerlich umgestaltet worden sind, die neuen Klassen der Novelle an den Platz der **b. p. unde liberi, legitimi** und **cognati** ins **successorium edictum** eingerückt denken, wenn auch damals vielleicht Niemand mehr diese Schlußfolgerung gezogen hat, weil der Gebrauch des **Int. quor. bon.** allmählig in Vergessenheit kam.

Hiernach stehen also die Justinianeischen Erbklassen in doppelter Hinsicht in einer Reihenfolge. Einestheils findet in Beziehung auf die Berufung zum eigentlichen definitiven Erbrechte in der Weise eine **successio** Statt, daß erst wenn in der früheren Klasse der Gerufene ausschlägt oder ohne anzutreten wegfällt, der folgenden Klasse die **hereditas** deferirt wird; dagegen wenn die frühere Klasse nur die für sie laufende Frist des **successorium edictum** verstreichen läßt, so ist ihr dadurch nichts als das Interdict verloren gegangen. Wenn daher nun die folgende Klasse zu rechter Zeit agnoscirt (oder schon im voraus **inter alienas vices** agnoscirt hat s. §. 153. Note 1.), so kann diese nur einstweilen als der wahrscheinlich Nächstberechtigte die **corpora hereditaria** erlangen. Unterläßt nun auch noch hintendrein die frühere Klasse die Erbantretung, so liegt dann auch zugleich in der Agnition der folgenden der Erwerb des definitiven Erbrechts (**pro herede gestio** §. 154. Note 2.).

Digitized by Google

Nimmt aber die frühere Klasse hintendrein noch die Antretung vor, so kann sie die **successionis vindicatio** anstellen, und dies ruft nicht mehr die alte **b. p. sine re** hervor, sondern es erscheint als gewöhnliche Einforderung der Erbschaft von einem **bonae fidei possessor**; denn die spätere Klasse, die die **b. p.** agnoscirt und mit dem Interdict gesiegt hatte, ist gar nicht **bonorum possessor** im regelmäßigen Sinn des Worts (d. h. **praetorius successor**), sondern sie gehört nur zu denen, welche, nach der damaligen Ausdrucksweise, **putant se bonorum possessores esse** (§. 151. Nro. 3.), und steht denen ganz gleich, welche, zu einer späteren Klasse gehörig, schon vor dem Wegfallen des Näherberechtigten die **her. aditio** vorgenommen hatten, und also **putant se heredes esse**.

§. 162. Bis hieher scheint mir das (im vorigen §) Gesagte einfach verständlich und die nothwendige Schlußfolgerung aus unseren früheren Untersuchungen. Es erhebt sich aber nun noch eine Schwierigkeit, die freilich nicht geeignet ist, uns an den jetzt gewonnenen Resultaten irre werden zu lassen, die aber darum nicht minder eine große Schwierigkeit bleibt, weil die Compilation uns so wenig Hülfsmittel zu ihrer Lösung darbietet. Wir nehmen an, das **successorium edictum** ist von Justinian allgemein recipirt worden, um allen Klassen, auch der testamentarischen, das **beneficium** des **Int. quor. bon.** zugänglich zu machen. Dabei drängt sich denn nothwendig die Frage auf, wie sich hiezu gerade bei dieser testamentarischen Klasse die ebenfalls von Justinian recipirte **missio Hadriana** verhalte?

Wenn es mir vielleicht gelungen ist nachzuweisen, daß die Compilatoren sich im Allgemeinen bei der Reception des **successorium edictum** nicht in Widersprüche mit der allen Erbklassen zugestandenen civilrechtlichen Erbantretung verwickelt haben, so scheint doch hier dieser Vorwurf kaum umgangen werden zu können. In der **l. ult. C. de edicto divi Hadr. toll.** im Jahr 531 sagt Justinian, der **scriptus heres** soll sich beim **competens judex** melden, und wenn er ein äußerlich fehlerfreies Testament vorweist, so soll er **in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt** (offenbar

Digitized by Google

der **corpora hereditaria**), mittirt werden, auch soll er für dies Gesuch der **missio** nicht mehr in die Frist eines Jahres eingeschlossen sein. Und nun erkennt er doch in den Institutionen allgemein das **successorium edictum** als Bedingung für das **Int. quor bon.** an, womit man ja ebenfalls den Besitz der **corpora hereditaria** erlangt. Da also hierunter auch der **scriptus heres** begriffen ist, so liegt darin, dieser müsse nach Ablauf der Frist für die **c. t.** innerhalb **100** Tagen die **b. p.** vor dem Richter, der aber nicht der competente zu sein braucht, agnosciren, um die **corpora hereditaria** zu bekommen. Wie reimt sich dies? Wir haben hier in einem und demselben Fall zwei Rechtsmittel, die beide auf denselben Gegenstand gerichtet sind, und doch unter ganz entgegengesetzten Bedingungen stehen.

Was hier die Compilatoren eigentlich gewollt haben, ist, wie mir scheint, eine Frage die sich nicht beantworten läßt. Es ist sehr möglich, daß sie auf den hier vorhandenen Widerspruch gar nicht aufmerksam geworden sind, was dadurch sehr erklärlich wird, daß eigentlich nur die **missio Hadriana** in der Praxis fortgelebt zu haben scheint, das Interdict dagegen bald vergessen wurde. Vielleicht auch hat sich auf die Lösung dieser Frage eine griechische Constitution bezogen, die nach der Handschrift vom Monte Cassino (aus dem 10. Jahrh.) hinter unserer **l. ult. C. de ed. divi H. toll.** gestanden haben soll [1]).

Wir haben daher die Frage nur so zu stellen, wie nach den uns in der Compilation vorliegenden Daten am einfachsten das Nebeneinanderstehen beider Rechtsgrundsätze zu erklären sei. Wir haben uns dabei an das zu erinnern, was in dem dritten Buche über das Verhältniß der **missio** zum Interdict ausgeführt worden ist. Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß in der vorjustinianeischen Kaiserzeit beide Rechtsmittel in Beziehung auf ihren Gegenstand (die Erlangung der **corpora hereditaria**) sich völlig gleich standen, daß von einem Unterschied, der früher zwischen einem Rechtsmittel auf **missio in possessionem** und einem **Int. adip. possessionis** bestand, gar nicht mehr die Rede war, und mithin das Interdict, soweit die **missio** reichte, verschwand. Die **missio** hatte die Idee der

1) s. die Note a zu dieser Stelle in der Herrmannschen Coderausgabe.

Digitized by Google

sec. tab. b. p. (Vorweisung eines äußerlich fehlerfreien Testaments) in sich aufgenommen, und so ist es einerlei, ob man sagt, die **missio** habe, soweit sie reichte, das Interdict aufgehoben, oder beide Rechtsmittel seien, so weit sie dasselbe Gebiet betreffen, in ein einziges zusammengeschmolzen. Kurz das Interdict bestand als ein selbständiges Rechtsmittel nur für die Intestatsuccession, höchstens auch noch für die Succession aus nuncupativen Testamenten, wenn man meint, daß für diese die **missio** nicht anwendbar gewesen sei (s. §. 138. 139.), was aber wohl kaum anzunehmen ist.

Es liegen nun nicht die geringsten Gründe vor, daß Justinian diesen Rechtszustand habe abändern wollen. Das Interdict geht unzweifelhaft auf die **corpora hereditaria**, und daß er die **missio** auf etwas Anderes als diese habe richten wollen, läßt sich aus Nichts beweisen. Man könnte die Worte der l. **ult. C. cit.: res quae testatoris mortis tempore fuerunt** enger verstehen und bloß auf dessen Eigenthumssachen beziehen wollen, aber dann wäre einestheils unerklärlich, weßhalb Justinian die übrigen **corpora hereditaria**, auf welche die **missio** bisher auch ging, hätte ausschließen wollen, und ferner steht entgegen, daß man jene Worte auch gerade beim **Int. quor. bon.** gewöhnlich zur Bezeichnung der **corpora hereditaria** gebrauchte (s. §. 144. Nro. 2.). Beide Rechtsmittel sind also auch im Justinianeischen Rechte in Beziehung auf den Gegenstand identisch, man fordert damit die **corpora hereditaria**, welche der Erblasser bei seinem Tode in Besitz hatte [2]). Fer-

---

2) Ich weiß nicht, was v. Löhr (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VI. S. 331.) dazu veranlaßt, den Zweck der missio für beschränkter zu erklären, als den des Int. quor. bon., obgleich er doch gerade auch annimmt, daß man mit jener alle corpora hereditaria, die der Erblasser mortis tempore besaß, fordere. — Von der anderen Seite versucht neuerdings Gerau (Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. Bd. 20. S. 314–326) aus Scheingründen, die ich nach allem Bisherigen wohl nicht weiter zu widerlegen brauche, wiederum abzuleiten, daß beide Rechtsmittel, die missio und das Interdict, auf die ganze Erbschaft und nicht bloß auf die corpora hereditaria gingen. Auch werden beide Rechtmittel als Interdicta duplicia, bei denen jede Partei Kläger und Beklagter sein könnten, darge-

Digitized by Google

ner nun erkennt auch Justinian durch die Reception der l. 19. C. de testam. an, daß es der b. possessio für die scripti heredes nicht mehr bedürfe (s. §. 159. Note 1[a]), und zwar bedeutet das nicht bloß, daß sie auch ohne Agnition das Erbrecht sollen erwerben können (denn darauf hinzuweisen, wäre bei dem durch kaiserliche Constitution eingeführten test. princ. oblatum sehr unnöthig gewesen), sondern es zeigt an, daß es auch zur Erlangung des besonderen beneficium auf provisorische Besitzergreifung für die scripti heredes der Agnition nicht bedürfe, indem sie nämlich bloß die pro herede gestio oder her. aditio vorzunehmen brauchen, und sogleich die missio erbitten können (s. §. 138. Nro. 5.). Also auch in diesem Punkte haben wir das frühere Recht in der Compilation als fortbestehend anzunehmen, und so müssen wir denn für Justinians Zeit den Satz festhalten, daß, soweit die missio reicht, das Int. quor. bon. in derselben aufgegangen ist [3]). Hat doch auch wahrlich die l. ult. C. cit. nicht den Ton, daß man glauben könnte, Justinian erlaube dem scriptus heres, noch auf andere Weise, als er hier vorschreibt, den provisorischen Besitz der Erbschaftssachen zu erlangen; also namentlich, wenn er bestimmt, man müsse ein testamentum non cancellatum etc. vorweisen, um den Besitz zu bekommen, so kann man doch nicht annehmen, er erlaube dem scriptus heres auch, um zu demselben Ziel zu gelangen, die Agnition bei einem incompetenten Richter und hinterdrein die Anstellung des Interdicts, bei dessen Entscheidung der Richter dann gar nicht verpflichtet gewesen wäre, genau die Erfordernisse der missio (namentlich die depositiones testium) zu berücksichtigen.

Ich habe schon oben (§. 146) hervorgehoben, daß man es bei den Fragen über Verwandtschaft viel eher dem richterlichen Ermessen überlassen kann, wer der wahrscheinliche Erbe ist, während bei den Testamenten bestimmte Regeln sein müssen, wann man sie als wahrscheinlich gültige anzusehen habe. Solche

---

stellt, (S. 305–314), wobei sich noch die Berufung auf die alte Erklärung des fr. 3. §. 2. de interdict. findet (Bd. I. S. 373)!

3) v. Löhr nimmt a. a. O. (s. die vor. Note) das Interdict noch neben der missio als bestehend an.

Digitized by Google

hatte der Prätor für die **sec. tab.** aufgestellt, diese kamen durch die **missio** zuerst „**ex more**", dann durch directe kaiserliche Aufhebung der **b. p. sec. tab.** (§. 139) außer Uebung, und an diese **missio** knüpft nun Justinian an; er will sie offenbar in ihrem bisherigen Gebiete bestehen lassen, will nun aber auch genaue unabänderliche Regeln geben, nach denen der Richter die wahrscheinliche Gültigkeit des Testaments zu beurtheilen habe.

Die **l. un. C. cit.** verhält sich also zu der allgemeinen Reception des **successorium edictum**, wie ein specielles Gesetz zum generellen. Es ist als ein modificirendes in das größere Fachwerk des **successorium edictum** einzufügen. Justinian erkennt in der Reihenfolge des **successorium edictum** die **sec. tab. b. p.** ganz entschieden an, da er nun aber doch dem **scriptus heres** die Agnition ganz erläßt (§. 159 Note 1[a]), und ihm in der **l. ult. C. cit.** genaue Vorschriften der Besitzergreifung giebt, so kann dies, wenn es sich nicht widersprechen soll, nur heißen: das Recht des **scriptus heres** auf die provisorische Besitzeseinweisung richtet sich für ihn persönlich eben nach diesen Vorschriften der **missio**, welche also an die Stelle der etwa abweichenden Regeln des Prätorischen Rechts treten, dagegen in Beziehung auf die Uebrigen, mit denen der **scriptus** in einer Reihenfolge steht, nimmt er ganz die Stelle ein, welche ihm das **successorium edictum** anweist. Er steht also hinter der für die **c. t. b. p.** laufenden Frist, und wenn diese unbenutzt verlaufen ist (oder aber, was am häufigsten der Fall ist, sich sogleich zeigen läßt, daß von derselben nicht die Rede sein könne), so kann er sein Recht auf die **missio** geltend machen. Seitdem Justinian dann durch seine Umgestaltungen des Notherbenrechtes die **c. t.** aufgehoben hat, fällt dieser Collisionsfall ganz hinweg, und der **scriptus heres** ist überhaupt der Erste, der ein provisorisches Besitzergreifungsrecht in Anspruch nehmen kann. Von der anderen Seite tritt er dann aber wieder mit den hinter ihm stehenden Intestatklassen in Collision, welche ein Recht auf das **Int. quor. bon.** nach Ablauf der für die **sec. tab. b. p.** anberaumten Frist haben. Dies findet auch noch nach der Nov. 118 Statt, denn die darin festgestellten Klassen sind nur innerliche Umgestaltungen der in den Institutionen anerkannten. Dem scheint nun aber zu widerspre-

Digitized by Google

chen, daß dem **scriptus heres** nach Justinians ausdrücklicher Erklärung sein Recht auf die **missio** in gar keine von selbst laufende Zeitfrist eingeschlossen sein soll. Indeß ist das keineswegs der Fall. Es ist kein Widerspruch, wenn man sagt, das Recht des **scriptus heres** sei an und für sich in keine Zeit eingeschlossen, aber es könne ihm durch einen anderen ebenfalls zur Besitzergreifung Berechtigten, wenn dieser in bestimmter Zeit zuvorkommt, entzogen werden. Es steht fest, daß die erste Intestatklasse, nach Ablauf von 100 Tagen für den **scriptus heres** mittelst Agnition der **b. p.** und des darauf gestützten Interdicts den Besitz erlangen kann. Geschieht dies, so verliert freilich der **scriptus heres** sein Recht auf Besitzergreifung, aber nicht direct dadurch, daß ihm seine Frist abgelaufen wäre, sondern dadurch, daß ein Anderer in der diesem zugestandenen Zeit ihm zuvorgekommen ist, er verliert sein Recht in Folge des unmöglich umzustoßenden Satzes, daß auf einen possessorischen Proceß nicht noch ein zweiter possessorischer, sondern lediglich ein petitorischer folgen kann (s. §. 147. Note 4). Im Uebrigen aber tritt es ganz klar hervor, daß der **scriptus heres** nicht in eine von selbst laufende Frist eingeschlossen ist, denn soweit lediglich seine Person und nicht das relative Verhältniß zu Anderen in Betracht kommt, da gelten nicht die Prätorischen Agnitionsregeln, sondern die Vorschriften der **missio**. Also wenn gar kein Intestaterbe hinter ihm steht, oder der vorhandene säumig ist, und das Interdict noch nicht angestellt hat, so kann der testamentarische ohne alle Einschränkung in 100 Tage oder 1 Jahr die **missio** erbitten, und vernichtet dadurch dem Intestaterben seinen Anspruch auf das Interdict, welches dieser aus der etwa schon vorgenommenen Agnition ableiten wollte, denn wo Zweien ein gleiches Recht auf Besitz zugestanden ist, da ist natürlich **melior conditio possidentis**, und bleibt dem Nichtbesitzer nur die **her. petitio** übrig.

Die **missio Hadriana** ist also nur als ein eigenthümlich gestaltetes Rechtsinstitut aufzufassen, welches man sich in die allgemeine Reihenfolge des **successorium edictum** an der Stelle der **sec. tab. b. p.** eingefügt denken muß. Dies Resultat ist das nothwendige Ergebniß, zu dem wir durch die Zusammenhaltung der beiden entschieden nebeneinander recipirten

Digitized by

Lehren gelangen, wir haben es also auch für das zu halten, was die Compilatoren vernünftiger Weise, wenn sie überhaupt an die ganze Frage gedacht haben, allein gewollt haben können. Wie ich schon vorher sagte, die wahre Absicht Justinians läßt sich hier wohl nie recht constatiren, wir müssen uns begnügen festzustellen, was die Lehren selbst, die doch mit einander in vernünftigem Einklang stehen sollen, uns als Hülfsmittel der Vereinigung darbieten. Aber wir besitzen wenigstens eine einzige Aeußerung Justinians, die, obgleich höchst unbestimmt gehalten, doch am einfachsten gerade auf das zu deuten ist, worauf uns die bisherige Beweisführung geleitet hat. Die l. ult. C. cit. sagt:

> **mittatur quidem in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur, et eam cum testificatione publicarum personarum accipiat. Sin autem aliquis contradictor exstiterit, tum in judicio competente causae in possessionem missionis et subsecutae contradictionis ventilentur, et ei possessio acquiratur, qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit, sive qui missus est, sive qui antea detinens contradicendum putavit.**

Es ist freilich sehr zweifelhaft, wen Justinian unter diesem **contradictor** versteht, ich halte es noch immer für das Wahrscheinlichste, daß darunter der Gegner verstanden ist, welcher in dem bereits beendigten Missionsverfahren besiegt wurde, und dem nun nichts übrig bleibt, als die **her. pet.** anzustellen, wobei es denn darauf ankommt, wer von Beiden das bessere wahre Erbrecht (**potiora ex legitimis modis jura**) nachweist [4]). Jedenfalls ist so viel gewiß, daß in jenen Anfangsworten: **non autem legitimo modo ab alio detinentur** nicht auf diesen **contradictor** gedeutet wird, denn Letzterer soll ja gerade durch die Mission zuerst den Besitz verlieren (**antea detinens**) und ihn nur, wenn er **potiora jura ostenderit**, wiederbekommen, während umgekehrt jener **alius**, der die Sachen **legitimo modo detinet**, von dem die Mission Nachsuchenden nicht in Anspruch

4) v. Löhr a. a. O. S. 332. ist anderer Meinung.

Digitized by Google

genommen werden soll. Wen kann nun Justinian hiemit haben bezeichnen wollen [5])? Einen Besitzer, welcher sich auf einen zu Lebzeiten des Testators begründeten Besitztitel stützt, kann er gar nicht meinen, denn er sagt ja, die Mission geht auf die Sachen, welche der Erblasser noch **mortis tempore** besaß, also der jetzige Besitzer kann sie dann nicht mehr von dem Erblasser selbst erhalten haben. Nach dem Tode des Erblassers aber nimmt man die Sachen eigenmächtig als **pro herede** oder **pro possessore possessor** in Besitz, und es ist wiederum nicht zu bezweifeln, daß man gerade gegen diese eigenmächtigen Besitzergreifer mit der **missio** siegt, daß sie also zu den **legitimo modo** Detinirenden, gegen welche die **missio** unzulässig sein soll, nicht gehören. Danach bleiben, so viel ich zu sehen vermag, nur noch zwei Fälle übrig, auf welche sich die fraglichen Worte beziehen lassen. Justinian kann damit diejenigen meinen, welche die Sachen vom **pro herede** oder **possessore possessor** durch ein gültiges Rechtsgeschäft erworben haben, oder aber auch die, welche die Erbschaftssachen nicht eigenmächtig, sondern in Folge besonderer Autorisation in Besitz nehmen. Darunter aber sind dann nur andere Erbschaftsprätendenten zu verstehen, welche bereits mittelst des Interdicts gesiegt haben, und also aus dem richterlichen Spruch die Legitimation ihres Besitzes ableiten (**legitimo modo detinent**). Beide Deutungen sind an und für sich gleich möglich, aber vielleicht kann man sagen, daß es dem Justinian näher lag, an das Letztere als an Ersteres zu denken. Jedenfalls ist es vollkommen denkbar, daß er hier in der That auf das hingedeutet hat, was wir vorher auf dem Wege der inneren Argumentation schon gefunden haben. Da in der Compilation den übrigen Erbklassen nach den Regeln des **successorium edictum** das Interdict zugestanden worden ist, da aber keine zwei possessorische Processe hintereinander vorkommen können, so müssen wir, auch wenn jene fraglichen Worte nicht darauf hindeuteten, an dem Satze festhalten, daß die **missio** des testamentarischen Erben nur so weit bestehen kann, als dies ohne Beeinträchtigung des Rechts der übrigen Klassen möglich ist.

5) v. Löhr S. 330. läßt diese Frage unerklärt.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Theile der bon. poss.

§. 163. Die Resultate des vorhergehenden Kapitels zerfallen in zwei Hauptsätze. In Beziehung auf die Wirkungen der erworbenen b. p. hat Justinian durchaus das schon früher begründete Recht bestehen lassen (Nro. I—III.), wonach bereits eine völlige Ausgleichung mit der **hereditas** Statt gefunden hatte. Dagegen in Beziehung auf die Delation und Erwerbung der b. p. enthält die Justinianeische Compilation eine wesentliche Fortbildung des früheren Rechtes. Die Prätorischen Erbklassen sind in das Civilrecht aufgenommen, also mit unter die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsregeln gestellt worden. Dagegen die Prätorischen Delations- und Acquisitionsregeln bestehen noch, um einestheils allen Erbklassen das possessorische Rechtsmittel auf die **corpora hereditaria** zugänglich zu machen, anderntheils für einzelne besondere Nebeninstitute der b. p. (Nro. IV.)

Nachdem diese allgemeinen Grundsätze festgestellt worden sind, müssen wir noch näher auf die Gestalt der einzelnen Theile in der Compilation eingehen, um die Folgerungen zu ziehen, welche uns jene allgemeinen Grundsätze darbieten. Wir werden hiebei in den ersten Punkten sehr kurz sein können.

Digitized by Google

II. Die ordinären ins Civilrecht recipirten Erbklassen.

§. 164. Wir gehen diese in der Reihenfolge des Notherbenrechtes, der testamentarischen Succession, und der Intestaterbfolge nur flüchtig durch, da ihre Stellung im vorhergehenden Kapitel schon genügend ausgeführt worden ist. Nur die mittlere wird uns etwas länger beschäftigen.

1. Das Notherbenrecht der **sui** und **emancipati**, wenn sie nicht gehörig instituirt oder exheredirt waren, ist bekanntlich in der eigentlichen Compilation (Institutionen, Pandekten und Coder) entschieden anerkannt, und es wird nur darüber gestritten, ob es nicht durch die spätere Novellengesetzgebung aufgehoben sei. Ich kann auf diese in neueren Zeiten so viel besprochene Frage hier nicht weiter eingehen; freilich bin auch ich der Ansicht, daß Justinian das formelle Notherbenrecht durch seine späteren Gesetze völlig vertilgt hat, eine Ansicht, die schon die Basilikenscholiasten so constant anerkannt haben [1]), aber es lassen sich zur Vertheidigung derselben vielleicht noch gewichtige Gründe anführen, die bisher nicht benutzt worden sind. Es würde mich dies indeß so sehr in andere Lehren hinüberführen, daß es unräthlich ist, sie diesem Werke einzuverleiben.

2. Die testamentarische Succession. Es ist eine im langen Lauf der Jahrhunderte bei der Mehrzahl der Schriftsteller sich wiederholende Ansicht gewesen, daß freilich die Prätorischen Testamente zu Civilrecht erhoben worden seien, nichts destoweniger aber in Beziehung auf die weiteren Rechtsregeln der testamentarischen Succession bei allen Abweichungen des Prätorischen vom Civilrecht noch immer die Agnition der **b. p. sec. tab.** eine Vorschrift des practischen Rechtes sei [2]). Hier

1) Man vergleiche Heimbachs Basiliken IV. p. 16. p. 27. p. 40. p. 43. 44. p. 141. p. 161. p. 163. p. 191.

2) Ich citire auch hier einstweilen nur einige neuere Schriftsteller, und verweise in Beziehung auf die Uebrigen auf das fünfte Buch. Koch, b. p. S. 188. u. S. 352. (Er findet es nicht nöthig, die einzelnen Fälle der Abweichung anzugeben, und verweist dafür auf **Stryk**.) Höpfner Commentar. §. 660. (Nach einer Aufzählung der einzelnen Fälle sagt er: „es ist also ein grober Irrthum, wenn man sich einbildet, daß die Lehre von der b. p. keinen praktischen Nutzen habe.") Thibaut Pandekten (8. Aufl.) führt die einzelnen Fälle

Digitized by

ſoll gerade (abgeſehen von der **b. p. unde vir et uxor**) der wenn auch enge Boden vorhanden ſein, auf dem die **b. p.** noch heutzutage beſteht.

Wir müſſen aber die Frage in zweie theilen, erſtlich ob in der Juſtinianeiſchen Compilation das Prätoriſche Recht der **sec. tab. b. p.** noch abgeſondert vom Civilrecht beibehalten worden ſei, und zweitens, wenn dies auch der Fall wäre, ob noch unſer heutiges Recht hierin das Juſtinianeiſche anerkenne. Die zweite Frage werden wir in dem folgenden Buche prüfen, ich mußte ſie nur hier ſchon hervorheben, um gleich zu bemerken, daß die meiſten Schriftſteller wenn ſie Etwas als Juſtinianeiſches Recht anerkennen, es auch zugleich ohne weitere Unterſuchung unſerem practiſchen Rechte vindiciren. Wenn ſie alſo den Worten nach häufig die zweite Frage zu beantworten ſcheinen, ſo haben ſie doch in der That (da ſie an die Möglichkeit einer Rechtsänderung gar nicht denken) nur jene erſte, die uns hier beſchäftigt, vor Augen.

Für dieſen Satz nun, daß alle eigenthümlichen Prätoriſchen Regeln der teſtamentariſchen Succeſſion noch in der Juſtinianeiſchen Compilation ſtreng vom Civilrecht zu ſcheiden ſeien, ſind niemals beſondere Gründe weiter vorgebracht worden, vielmehr hat man ihn nur als ſich von ſelbſt ergebende Folge aus der oben ſchon (§. 154. Note 1.) erwähnten Anſicht abgeleitet, daß die **b. p.** als ein geſchloſſenes Syſtem recipirt worden ſei. Wo daher es in den Pandekten von Jemandem, den das Civilrecht ausſchließt, heiße: **b. p. petere potest**, da ſei ihm dies denn auch der einzige Weg um zur Erbſchaft zu gelangen, m. a. W. die **sec. tab. b. p.** ſei in allen dieſen Fällen **necessaria.** Aber dieſer Ausdruck **b. p. petere potest** beweiſt gar nichts, die Compilatoren konnten ihn, auch wenn ſie das Prätoriſche Recht ganz ins civile aufnehmen wollten, unbedenklich und ohne Mißverſtändniß zu fürchten, ſtehen laſſen. Die Agnition der **b. p.** beſteht ja noch fortwährend im Juſtinianeiſchen Rechte, ſie iſt eine beſonders formelle Art der Erbantretung, die die **pro herede**

---

an verſchiedene Orte zerſtreut auf §. 891. 945. 954. 956. 966. 969. 975. 478. Mühlenbruch Pandekten erwähnt mehre Fälle im §. 650. 780. 782. 783. Göſchen Vorleſungen V. §. 990. Puchta Pandekten §. 462. 475. 483.

Digitized by Google

gestio involvirt, die aber auch gerade, wie wir aus Justinians Constitutionen ersehen, durch diese **pro herede gestio** ersetzt werden kann. Justinians Compilatoren ließen jenen Ausdruck stehen, weil sie überhaupt im ganzen **Corpus juris** die **b. p.** so behandeln, daß man noch allenthalben die früheren Zustände der Prätorischen Jurisdiction wiedererkennen kann. Aber darin liegt gar kein Gegengrund, daß man nicht, ebenso wie in der Intestatsuccession die Prätorischen Erweiterungen mit den übrigen Elementen zu einem Civilrecht zusammengeflochten sind, so auch in der testamentarischen Succession die freieren Grundsätze des Prätors ganz als Theil des Civilrechts aufzufassen hätte, also auch, wenn es gleich heißt: **b. p. petere potest**, dennoch die Agnition durch civilrechtliche Antretung ersetzen könnte. Justinian hat die **sec. tab. b. p.** allgemein zu einer **necessaria** erhoben, und daß dies ganz etwas Anderes heißt, als was man heutzutage darunter versteht, ist oben entwickelt worden. Außerdem ist ja aber bei der testamentarischen Succession noch um so weniger von einer Nothwendigkeit der Agnition zu reden, da sie auch in Hinsicht auf das besondere **beneficium** der provisorischen Besitzeinweisung schon vor Justinian hinweggefallen und durch die **missio** ersetzt worden war, und es liegt, wie wir gesehen haben (§. 162.), kein Grund für die Annahme vor, daß Justinian diesen Rechtszustand wieder verändert habe. Das Resultat ist hiernach, daß, wenn wir in den Pandekten lesen: **b. p. petere potest**, dies so viel heißt als: **praetorio jure succedere potest**, wodurch uns also eine Hinweisung auf den historischen Ursprung des fraglichen Satzes aus der **Praetoria jurisdictio** gegeben wird, ohne daß wir aber deßhalb in solchen Fällen nicht ebenso wie in allen anderen den Erbprätendenten auch durch **her. aditio** zum definitiven Erbrecht gelangen lassen müßten. —

Es bleibt uns jetzt noch übrig, die einzelnen Fälle namhaft zu machen, in denen durch Reception der freieren Prätorischen Grundsätze die testamentarische Succession erweitert worden ist. Frühere Schriftsteller sind bei dieser Aufzählung nicht immer mit großer critischer Sorgfalt verfahren.

a) Zuerst muß hervorgehoben werden, welche Bedeutung in der Justinianeischen Compilation jene vier Fälle der vitiösen Te-

Digitized by Google

ſtamente haben, in denen der Prätor trotz der civilrechtlichen Nichtigkeit **sec. tab. b. p.** gegeben hatte, (Buch **II. Kap. 4.**) alſo das **testamentum non jure factum, ruptum** (wegen eines vor dem Erblaſſer wieder geſtorbenen **postumus**), **irritum**, und das in Folge des Abſtinirens eines präterirten **suus** aufrecht erhaltene Teſtament. Für einen fünften Fall (nämlich wenn ein präterirter **filius jam natus** vor dem Erblaſſer verſtarb) hat, wie im §. 108 nachgewieſen iſt, nie ein Prätoriſcher Schutz beſtanden, der denn auch von Juſtinian nicht recipirt werden konnte, und alſo nicht erſt durch die Geſammtaufhebung des formellen Notherbenrechtes wieder weggefallen iſt.

In Beziehung auf das **non jure factum test.** iſt es nicht zweifelhaft, daß ſich daraus das Prätoriſche Teſtament entwickelt hat, welches Juſtinian, mit Zurückdrängung des civilen ſchriftlichen, als die allgemeine regelmäßige Teſtamentsform anerkannt hat (ſ. §. 133.). Die Anſicht **Kochs**: daß noch neben dieſem auf **l. 21. C. de test.** geſtützten Teſtamente auch aus einer bloß **septem testium signis** ſignirten Urkunde eine **sec. tab. b. p.** gegeben werden müſſe, weil dies ja doch in den Pandekten ſtehe [3]), — dieſe Anſicht iſt ſo ſchwach, daß ich mich nicht weiter darauf einzulaſſen brauche [4]).

Das **testam. ruptum** hatte ſchon durch Hadrians Reſcript (§. 110. Nro. 2) den Charakter eines vitiöſen Teſtaments verloren, nur beſtand die Eigenthümlichkeit fort, daß der Eingeſetzte, um zur Erbſchaft zu gelangen, die **b. p.** nothwendig agnosciren mußte. Da nun dies in der ſpäteren Kaiſerzeit allen teſtamentariſchen Erben erlaſſen wurde, ſo verſchwand damit aller Unterſchied von den gültigen Teſtamenten, und wir können ſagen, ebenſo wie das **non jure factum** zum vollgültigen Teſtament erhoben worden iſt, ſo wird auch ein Teſtament durch einen **postumus**, der vor dem Erblaſſer wieder wegfällt, gar nicht mehr afficirt. Daß die Inſtitutionenverfaſſer hievon eine ganz klare Anſchauung gehabt haben, ſehen wir aus den **§. 6. I. quib. mod. test. infirm.**, wo eben dies **non jure**

3) ſ. z. B. fr. 7. de b. p. sec. tab. — „sufficit ad b. p. dandam, septem testium signa comparere".

4) Koch b. p. §. 25. ſ. dagegen ſchon Höpfner Commentar. §. 660. Nov. 1. Weber Erl. der Pand. nach Hellf. II. S. 309.

Digitized by Google

factum und **ruptum test.**, von denen Gaius **II. 147** sprach, gestrichen worden ist, so daß nur noch das **irritum testamentum** übrig bleibt.

Für dies **irritum test.** scheint nun aber doch Justinian das frühere Recht unverändert recipirt zu haben, so daß also die Agnition der **b. p.** in diesem Falle noch immer eine Nothwendigkeit wäre? Keineswegs. Wenn dies der Grund für die Aufnahme jenes §. 6. **cit.** wäre, so müßte ja die Nothwendigkeit der Agnition auch noch für das **ruptum** aus **fr. 12. de inj. rupto test.** gefolgert werden, und dann hätte Justinian auch in dem §. 6 das **ruptum** nicht wegstreichen können. Der Grund, um dessentwillen man von den drei Fällen nur das **irritum** in die Institutionen aufnahm, ist vielmehr ein anderer, wie er sich aus dem **fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.** und meiner früheren Darstellung (§. 107.) von selbst ergiebt. Das **irritum** ist nicht durch späteres Kaiserrescript zu einem absolut gültigen Testament geworden, es ist stets und so auch unter Justinian ein vitiöses aber freilich **non per omnia inutile testamentum** geblieben, wenn gleich für alle drei Fälle die Nothwendigkeit der Agnition weggefallen ist. Es gilt für das **irritum** noch immer jene ursprüngliche Prätorische Rechtsregel, und dies deuten eben die Institutionenworte an: **potest scriptus heres sec. tab. testamenti b. p. agnoscere**, d. h. der **scriptus** kann aus diesem **non per omnia** ungültigen Testamente unter gewissen Voraussetzungen **praetorio jure** succediren. Wie dies geschehe, wird in diesem §. 6 nicht weiter auseinandergesetzt, wir ersehen es aber aus jenem **fr. 11. §. 2. cit.**, worin die Prätorische Rechtsregel weiter entwickelt wird. Das Testament ist hiernach heutzutage noch immer **per exceptionem** ungültig; **scriptus heres si possessionem petat** (d. h. jetzt: wenn er auch die **her. pet. possessoria** anstellt) **exceptione doli mali summovebitur**; — also nur wenn er selbst der nächste Intestaterbe ist, so erhält er auf alle Fälle das Vermögen. Wo nicht, so kommt es darauf an, ob entweder keine Intestaterben vorhanden sind, die ihm die **doli exc.** entgegensetzen, oder ob der Testator, nachdem er wieder **sui juris** geworden war, das Testament noch einmal anerkannte, denn dadurch wird die **doli exceptio** der Intestaterben vernichtet. War aber

Digitized

der Teſtator vor ſeinem Tode gar nicht wieder **sui juris** geworden, ſo kann das Teſtament nicht bloß in den angegebenen Fällen **per exceptionem** vernichtet werden, ſondern es iſt (weil ſich hierauf jener Prätoriſche Schutz gar nicht bezieht) **ipso jure** ungültig [5]).

Ueber das wegen Abſtention eines präterirten **suus** ungültige Teſtament habe ich nichts weiter zu bemerken. Das im §. 109. darüber Geſagte gilt auch noch als Juſtinianeiſches Recht, es iſt ein **jure Praetorio** aufrecht erhaltenes Teſtament, nur daß der darin Eingeſetzte nicht nothwendig der Agnition der **b. p.** bedarf. Indeß iſt dies noch weſentlich wieder umgeſtaltet worden durch das Notherbenrecht der Nov. 115.

b) Ein fernerer Fall, in welchem das Recht der teſtamentariſchen Erben durch den Prätor erweitert wurde, iſt, daß dem unter einer Bedingung eingeſetzten Erben in gewiſſen Fällen der Beſitz der Erbſchaft ſchon vor Eintritt der Bedingung gegen Caution eingeräumt wird. Dieſe Regel iſt entſchieden von Juſtinian recipirt [6]), aber auch hier haben wir nur das Materielle der Regel als beſtehend anzunehmen, die formelle Vorſchrift, daß er nothwendig **sec. tab.** agnosciren müſſe, iſt unter Juſtinian weggefallen. Der Erbe gelangt alſo bei caſuellen Bedingungen heutzutage ebenſo zur Erbſchaft, wie bei den **conditiones non faciendi** durch die **Cautio Muciana**, er kann

5) Ich glaube, daß ich für das im Texte Geſagte keine weiteren Beweiſe hinzuzufügen brauche. Es iſt das einfache Reſultat, wenn man ſich das im §. 107 Ausgeführte mit den Grundſätzen des Juſtinianeiſchen Rechtes combinirt, weßhalb mir denn auch das von Puchta Pand. §. 462. Note f. über dieſen Fall Bemerkte mehrfache leicht erkennbare Mißverſtändniſſe zu involviren ſcheint. Von einer **b. p. cum** und **sine re** kann nicht mehr die Rede ſein, aber auch wenn wir dieſe Ausdrücke einmal mit Puchta beibehalten wollten, ſo iſt weder das Teſtament allgemein **cum re** gegen die Inteſtaterben, noch auch umgekehrt nur dann (was Puchta vorzuziehen ſcheint), wenn der Eingeſetzte der nächſte Inteſtaterbe iſt.

6) **fr. 5. pr. 6. 10. 12. de b. p. sec. tab. fr. 8. pr. de stip. praetor.** Wie ſich die Gränzen dieſer Caution zu der **cautio Muciana** verhalten ſ. b. Puchta Pand. §. 475. Uebrigens braucht heutzutage die Prätoriſche Caution nicht mehr nothwendig, wie Puchta ſagt, eine fidejuſſoriſche zu ſein. Mühlenbruch Commentar Bd. 41. S. 192.

Digitized by Google

mithin, wenn er nur Caution leistet, ohne weitere Agnition, durch **missio Hadriana**, **hereditatis petitio**, oder auch (wenn noch Niemand Besitz ergriffen hat) eigenmächtig den Besitz erlangen. Es ist wohl zu bemerken, daß man, ganz abgesehen von unserem allgemeinen Grundsatz über die Unnöthigkeit der Agnition bei den Prätorischen Erweiterungen, hier schon deßhalb mit Unrecht von einem Fall der s. g. **b. p. necessaria** gesprochen hat, weil auch schon zur Zeit der klassischen Juristen der Prätor seine Regel auf das Civilrecht übertrug, also den **scriptus**, wenn dieser auch nur eigenmächtig den Besitz ergriffen hatte, gegen Leistung der Caution im Besitze ließ [7]).

c) Wenn Jemand von zwei hintereinander errichteten Testamenten das zweite in der Absicht vernichtet, um das erste wieder gelten zu lassen, so bleibt freilich nach den Grundsätzen des Civilrechts dies erste nichts destoweniger nichtig, aber der Prätor erhielt es aufrecht, indem er es für eine **juris scrupulositas** erklärte, mehr als den erweislichen Willen des Testators zu fordern, daß er das erste Testament wieder gelten lassen wollte. Denn es mußte ja doch auch nach Civilrecht gelten, wenn er mit jenem ersten Testament, ohne das Geringste daran zu verändern, nur noch einmal dieselben Formalitäten vornähme, und hieran festzuhalten scheint dem Prätor unnöthig. Er erklärte demnach auch hier, daß die **voluntas quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur**, und das Testament wird in derselben processualischen Weise aufrecht erhalten, wie jenes **testamentum irritum**, mit dem es auch der Römische Jurist zusammenstellt [8]). Der Gegner kann sich nämlich mittelst der **doli exceptio** darauf berufen, das erste Testament sei trotz der Kassirung des zweiten nichtig, aber wenn der Kläger nun beweist, daß das zweite in der Absicht, das erste gelten zu lassen, vernichtet sei, so wird dadurch die Exception ebenso wie jene aus der Arrogation hergenommene vernichtet, also das Testament ist nach Prätorischem Rechte gültig, und nach unserem

7) fr. 12. 13. qui satisdare cogantur. Dies hängt mit dem Verfahren zusammen, welches der Prätor bei positiven Potestativbedingungen kraft seiner Machtvollkommenheit auch gar nicht bloß für bonorum possessores beobachtete, fr. 23. de her. inst. §. 114. Note 9.

8) fr. 11. §. 2. de b. p. sec. tab.

Digitized by Google

allgemeinen Grundsatze braucht denn auch der Eingesetzte gar nicht nothwendig b. p. zu agnosciren [9]).

d) Der Prätor befolgte im Uebrigen den Satz, daß die **supremae tabulae** allein in Betracht kämen [10]), und dies stimmte ganz mit dem Civilrecht überein. Dagegen wenn zwei gleichzeitig errichtete Testamente vorhanden waren, so gab er aus beiden zusammen eine **sec. tab. b. p.** [11]), und indem Justinian diesen Satz aufnimmt, ist dies also nicht mehr ausschließlich an die Agnition der **b. p.** geknüpft.

e) Andere Erweiterungen der testamentarischen Succession, welche, als dem älteren Civilrecht fremd, Justinian aus der Prätorischen Jurisdiction recipirt habe, sind freilich noch mehrfach angeführt worden, lassen sich aber aus den Quellen nicht erweisen. So meinte man, der Prätor habe ein durch Prätention des Sohnes nichtiges Testament, in Folge des von Letzterem schon bei Lebzeiten des Erblassers erklärten Erbverzichtes aufrecht erhalten [12]), und ebensowenig ist auch wohl, wie Thibaut anzunehmen scheint, in der Regel des Prätors etwas Besonderes dem Civilrecht Unbekanntes zu finden, daß man nämlich Anspruch auf die testamentarische Succession habe, sobald man nur die Existenz und den Inhalt des nachher verlo-

---

9) s. auch Mühlenbruch Commentar. Bd. 38. S. 480.

10) fr. 1. §. 1. de b. p. sec. tab.

11) fr. 1. §. 6. eod. s. darüber Mühlenbruch a. a. O. — Wenn zwei Testamente vorhanden sind, die gar nicht erkennen lassen, welches später sei, so sind sie wohl ebenfalls als gleichzeitige zu behandeln. Der Erblasser ist freilich nicht verpflichtet, die Errichtungszeit im Testamente anzugeben; aber wenn er uns gar keine Mittel angiebt, zu erkennen, welches das spätere sei, so ist es doch das Natürlichste anzunehmen, er werde überhaupt nicht den Willen gehabt haben, das Eine durch das Andere aufzuheben. Er hätte deutlich sich darüber ausdrücken sollen, also wo wir gar keine Anhaltspunkte haben, welcher sein letzter Wille sei, nehmen wir in Folge des favor testamentorum nicht beide Testamente als ungültig, sondern beide als einen letzten Willen an.

12) Höpfners Institutionen-Commentar §. 660. Nr. 4. s. dagegen Francke N. E. R. S. 112. Thibaut Pandekten §. 969. Nr. 7. (d. 8. Aufl.).

Digitized by Google

ren gegangenen Testamentes für das **mortis tempus** nachweisen kann [13]).

3. Die Intestatsuccession. Die gewöhnliche Ansicht ist, daß die vier Klassen der **b. p.** an und für sich unverändert in die Justinianeische Compilation recipirt seien, daß dann erst die Novelle 118 die drei ersten aufgehoben, und Civilrecht an die Stelle gesetzt habe, also die **b. p. unde vir et uxor** die einzige noch ganz wie früher lediglich auf der Prätorischen Jurisdiction ruhende Erbklasse sei. Wie wenig hiermit die durch die gesammte Compilation hervorleuchtende Absicht, das Prätorische Recht nicht mehr als ein selbständig abgeschlossenes bestehen zu lassen, vereinbar ist, habe ich im vorigen Kapitel ausgeführt. Ich muß hier nur noch kurz eines Punktes gedenken, bei dem sich ebenso wie bei der **b. p. unde vir et uxor** das Streben vieler Schriftsteller zeigt, so viel wie möglich einzelne kleine Ueberreste der alten **b. p.** hervorzuziehen, um doch wenigstens in einigen verhältnißmäßig unbedeutenden Fällen eine directe „practische" Anwendbarkeit des Prätorischen Systems zu rechtfertigen. Ich meine nämlich die vielbesprochene Frage über die Bedeutung der **l. 3. C. unde liberi** in der Justinianeischen Compilation [14]). Man hat aus ihr ein besonderes Prätorisches **beneficium** abgeleitet, welches auch noch heutzutage neben der Novelle 118 bestehen soll, eine **b. p. extraordinaria**, welche **necessaria** sei, wonach der Großsohn die Erbschaft seines Vaters, wenn diese mit Schulden überlastet sei, ausschlagen, und dennoch die vom Vater schon erworbene Erbschaft des Großvaters annehmen dürfe [15]). Ich halte es nicht für nöthig, hier noch weiter auszuführen, daß

---

13) fr. un. si tab. test. exstab. fr. 1. §. 3. de b. p. sec. tab. s. Thibauts Pandekten §. 891.

14) Sie ist bekanntlich aus l. 5. Th. C. de matern. bon. (8. 18) interpolirt.

15) s. z. B. Koch b. p. S. 279. u. 353. — dagegen v. Löhr Magazin III. S. 247–249. — Thibaut Pand. II. §. 868 geht einen gar nicht zu rechtfertigenden Mittelweg zwischen beiden Ansichten. Es sei keine **b. p. extraordinaria**, die großväterliche Erbschaft müsse dem Vater angefallen, aber noch nicht durch positive Handlungen unwiderruflich erworben sein; dann aber sei es ein besonderes noch nach

Digitized by Google

dies in der Stelle nicht steht, und nur mit der willkührlichsten Interpretation daraus gefolgert werden kann. Viel eher ist die andere Ansicht zu billigen, welche Koch verwirft, die aber heutzutage von Vielen angenommen wird, daß Justinian durch die völlig umgestaltende Interpolation jener l. 5. Th. C. de mat. bon. habe andeuten wollen, es solle in der aus altem Civilrecht, Prätorischem und Constitutionenrecht zusammengeschmolzenen Klasse der **sui** und der, **qui suorum loco** sind, eine **graduum possessio** bestehen [16]). Vor Justinian war, wie oben (§. 103 am Ende) ausgeführt ist, diese **graduum successio** bei der **b. p. unde liberi** undenkbar, umgekehrt aber läßt sich, obgleich ich das hier nicht weiter begründen kann, aus der Nov. 118. nachweisen, daß Justinian in allen Klassen eine **graduum successio** anerkannte. Da nun, wie *ich im* vorigen Kapitel gezeigt habe, schon vor der Nov. 118 alle regelmäßigen Erbklassen zu civilrechtlichen erhoben worden waren, da sie alle durch **ordinum successio** verbunden sind, da *auch in* der Agnatenklasse eine **graduum successio** eingeführt ist [17]), so ist es durchaus das Wahrscheinlichste, daß er sie auch für die Descendentenklasse gelten lassen wollte, und jedenfalls kann die l. 3. C. cit. ungezwungen in diesem Sinn gedeutet werden. Die erste Intestatklasse, wie sie in den Institutionen erscheint, enthält durchaus schon die Ideen, die dann nur in der Nov. 118. noch klarer ans Licht treten, und es ist daher nicht glaublich, daß Justinian noch an dem alten Satze festgehalten hätte, es sollten nur die, welche **mortis tempore** ohne Mittelsperson sich an den Erblasser anknüpfen, als Descendenten zur Successsion gerufen werden, wogegen die Uebrigen nur in der dritten Klasse, der **successio cognatorum**, Anspruch auf die Erbschaft machen könnten.

II. Die Delations- und Acquisitionsregeln des Justinianeischen Civilrechts.

§. 165. Die ordinären Erbklassen, die Justinian aus Ci-

---

der Nov. 118 bestehendes beneficium des Prätors, daß der Enkel die Erbschaft des Großvaters annehmen, die des Vaters ausschlagen dürfe.

16) s. v. Wangerow Leitfaden II. §. 407 am Ende.

17) §. 7. I. de legit. agnat. succ.

Digitized by Google

vilrecht und Prätorischem zusammenschmolz, wurden, wie im vorigen Kapitel weitläuftig nachgewiesen ist, unter die civilrechtlichen Grundsätze von Delation und Acquisition der **hereditas** gestellt. Ich brauche deßhalb hier nicht weiter dabei zu verweilen. Justinian nimmt für alle Erbklassen allerdings eine **ordinum** (und in manchen Klassen auch eine **graduum**) **successio** an, und die Idee davon hat er freilich dem **successorium edictum** entlehnt, aber sie ist doch wesentlich umgestaltet, und zu einer eigenen civilrechtlichen **successio** geworden. Der folgende Grad, die folgende Klasse wird nicht nach Ablauf einer bestimmten Zeit gerufen, sondern erst **si nemo exstat, qui successionem quoquo modo amplectatur.** Der Vorhergehende ist nicht durch eine **ipso jure** laufende Frist, deren Ablauf ihm sein Erbrecht entzöge, gebunden, er steht nur unter den Beschränkungen, die ihm durch das **spatium deliberandi** und die Inventarsfrist auferlegt sind. Wer aber überhaupt antreten will, kann, wie Justinian so entschieden voraussetzt, **successionem quoquo modo amplecti** d. h. durch **hereditatis aditio** (so wird jetzt im engeren Sinne die formlose Willenserklärung gewöhnlich genannt) oder **pro herede gestio** oder auch durch **bonorum possessionis agnitio.** Die letztere ist jetzt im Gegensatz der civilrechtlichen Antretung die formellere solenne Handlung geworden, welche ganz als **pro herede gestio**, also als definitiver Erbschaftserwerb gilt, aber auch dazu dienen kann, dem Erbittenden noch ein besonderes **beneficium** zu gewähren.

Während also die civilrechtliche Antretung hiernach als die einfachere freiere Handlung erscheint, so ist doch die Frage, ob nicht in einem Punkte das umgekehrte Verhältniß auch noch unter Justinian bestehen geblieben sei, nämlich in Beziehung auf die Vornahme dieser Handlung durch Stellvertreter. Bei diesem wichtigen Punkte müssen wir noch länger verweilen.

Es ist bekannt, daß die **b. p.** von jeher durch Stellvertreter agnoscirt werden durfte, während die früher allgemeine Antretungsform des Civilrechts, die **cretio**, (§. 135. Nr. 3.) dieselben als ein **actus legitimus** entschieden nicht zuließ, sowie sie denn auch nicht an Zeit und Bedingung geknüpft wer-

Digitized by Google

den konnte [1]). Hat nun Justinian, der die **cretio** aus allen Stellen des **Corp. jur.** streicht, und lediglich die **pro herede gestio** und die formlose **her. aditio** anerkennt, der daneben die formellere Agnition der **b. p.** nur zur beliebigen Auswahl des Berufenen bestehen läßt, — hat er den alten Unterschied zwischen der **b. p.** und **cretio** beibehalten, indem er die Unzulässigkeit der Stellvertretung von der letzteren auch auf die ganz freie und formlose **her. aditio** übertrug?

Diese Frage wird gewöhnlich heutzutage ganz entschieden bejaht [2]), und es wird wohl Niemand leugnen, daß mit einer solchen Antwort man in einen directen Widerspruch mit dem geräth, was das praktische Leben als eine vernünftige Rechtsbildung fordert. Es ist unverkennbar, daß in gewisser Weise die Stellvertretung bei der Erbschaftsantretung als eine *Nothwendigkeit* erscheint, weßhalb denn auch, wie wir sehen werden, die Praxis da, wo das Justinianeische Recht nicht auszureichen schien, sich selbst geholfen hat. Es hat daher großes Interesse, zu untersuchen, ob in der That das Justinianeische Recht die dem Lebensbedürfnisse widersprechenden Fesseln enthält, und ob sich nicht feste wissenschaftliche Regeln finden lassen, die, aus dem Wesen der Sache hervorgehend, unserem heutigen Gewohnheitsrechte entsprechen. Obgleich wir in diesem Buche nur erst die Justinianeische Compilation untersuchen, wird es doch passend sein, das spätere deutsche Gewohnheitsrecht in diesem Punkte gleich damit zu verknüpfen.

Ich muß bei dieser Frage auf eine Unterscheidung zweier Punkte aufmerksam machen, die man, wie mir scheint, bisher nicht genug hervorgehoben hat. Wir können uns nämlich einerseits eine Menge von Fällen denken, in denen wir eine Stellvertretung bei der Erbantretung für unzulässig erklären müssen, nicht weil eine specielle willkührliche Vorschrift des positiven

---

1) fr. 77. de regul. jur. — Wir werden im Verlauf der Darstellung sehen, daß die Frage über die bedingten Erbantretungen mit der über die Zulässigkeit von Stellvertretern im genauen Zusammenhange steht.

2) s. Averanius Interpr. jur. l. 12. Thibaut Pand. (8. Aufl. §. 869) Mühlenbruch Pandekten §. 702. Commentar Bd. 42 S. 396 ff. Puchta Pand. §. 497.

Digitized by Google

Rechtes uns darüber vorliegt, sondern schon deßhalb weil die Grundprincipien unseres Erbrechts mit Nothwendigkeit eine solche Antwort fordern. Andererseits giebt es aber wieder eine Reihe anderer Fälle, die sich lediglich aus der positiven Gestalt der **cretio** im Römischen Rechte erklären, welche als ein **actus legitimus** Vielerlei nicht zuließ, was, sobald die Erbantretungshandlung von diesem starren civilrechtlichen Charakter entkleidet wird, keinen Sinn mehr hat. Wir können diesen Gegensatz sogleich an dem Unterschiede erkennen, welcher zur Zeit der klassischen Juristen zwischen der **cretio** und **b. possessionis agnitio** bestand, indem natürlicher Weise bei Letzterer nur die Schranken anerkannt zu werden brauchten, die das Grundwesen des Erbrechts von selbst mit sich brachte.

Zu den für unsere Frage in Betracht kommenden allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts gehören namentlich folgende. Das Erbrecht ist ein höchstpersönliches Recht, und um es erwerben zu können, muß der Berufene selbst über die Hauptpunkte des vorliegenden Erbfalles vollkommen klare Kenntniß haben. Er muß wissen, daß der Erblasser gestorben sei, er muß den Delationsgrund und dessen Rechtsmäßigkeit kennen, er muß wissen, daß kein Anderer früher Berufener vorhanden sei [3]). Um diesem Allen genügen zu können, muß er aber natürlicher Weise ein vollkommen willensfähiger Mensch sein, und, diese Willensfähigkeit vorausgesetzt, so muß sein Wille ein durchaus ernstlicher und entschiedener sein, denn erst von da an, wo er dies geworden ist, kann man vernünftiger Weise die so weitgreifenden Wirkungen des Erbewerdens datiren. Alle Bedingungen also, die erst in der Zukunft nach der Erwerbshandlung sich constatiren würden, sind nothwendig unzulässig [4]).

Einen ganz anderen Charakter haben die speciellen Vorschriften bei der **cretio**. Daß bei derselben nicht einmal Bedingungen, die in der Sache selbst liegen, auch formell ausgesprochen werden durften [5]), daß kein Stellvertreter die Cretionsformel aussprechen konnte, erklärt sich lediglich aus dem po-

3) fr. 19. fr. 32. pr. §. 2. — fr. 22. — fr. 17. pr. fr. 30. §. 8. — fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

4) fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.

5) fr. 77. de reg. jur.

Digitized by Google

sitiven Wesen der altcivilrechtlichen an bestimmte Worte geb denen Handlungen [6]).

Wir haben jetzt von dem Gesagten die Anwendung z unsere Frage zu machen:

1) Wenn der Berufene eine Person ist, die keinen re gültigen Willen fassen kann, so bringt es nicht bloß eine m kührliche rein positive Vorschrift, sondern das Wesen des Er rechts mit sich, daß wir hier an und für sich eine Erbann tung für unmöglich erklären, denn der Berufene selbst kann in Folge seiner Willensunfähigkeit sie nicht vornehmen, er kann auch Niemanden einen Auftrag ertheilen, und die ihm in sonstiger Weise zur Seite stehenden Stellvertreter, Tutoren, Cu toren uud Andere, können lediglich durch ihre eigenen Han lungen das höchstpersönliche Erbrecht dem Vertretenen nicht e werben. Wenn wir also dennoch in diesen Fällen hie und da fi den, daß der Stellvertreter für die willensunfähige Person soll antreten können, so müssen wir dies allerdings *meist für* ein sehr vernünftige Rechtsvorschrift erklären, da gerade bei denen, die nicht selbst handeln können, es am Klarsten als practisches Bedürfniß hervortritt, daß Andere für sie auftreten dürfen. Aber wir haben dies immer nur als **jus singulare**, als ein besonderes **beneficium** des positiven Rechtes aufzufassen, das, so weit es nicht entschieden durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht anerkannt ist, die Geltung der allgemeinen Grundregel nicht aufhebt.

Man könnte hiergegen einwenden wollen, die **b. p. agnitio** sei ja doch, wie ich eben bemerkte, rein nach den allgemeinen Regeln des Erbrechts behandelt worden, diese Agnition habe nun jeder Vertreter für Willensunfähige vornehmen können, mithin sei daraus die Zulässigkeit der Stellvertretung nach allgemeinen Grundsätzen zu ersehen. Aber gerade dieser Satz, jeder Curator, Tutor habe die **b. p.** im Namen des Handlungsunfähigen allein agnosciren können, ist entschieden unrichtig, wie wir alsbald sehen werden. Zudem finden wir, daß über die Fragen, wie weit man den Curator ꝛc. handeln lassen dürfe, unter den Römischen Juristen vielfach verschiedene An-

6) Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 401.

Digitized by Google

sichten herrschten, woraus man leicht ersieht, daß es sich hier nicht um ein entschieden anerkanntes Princip des Erbrechts, sonderm umgekehrt darum handelte, wie weit man von dem allgemeinen Grundprincip um des practischen Bedürfnisses willen (**expediendarum rerum gratia** [7])) **jure singulari** abgehen dürfe. Endlich ist wohl im Auge zu behalten, daß in der **b. p.** zur Zeit der klassischen Juristen das possessorische Element (wegen der möglichen **b. p. sine re**) noch durchaus vorherrschte, und weil man die **b. p.**, um eines Dritten willen, der ihr den **effectus** entziehen kann, an und für sich nur als interimistischen Erbrechtsbesitz auffaßte, so konnte man nun auch, ganz abgesehen von dem Vorhandensein dieses Dritten, die Erwerbung der **b. p.** für einen Handlungsunfähigen viel leichter zulassen, wenn man darunter nur einen interimistischen Besitz verstand, bis der Willensunfähige etwa zum Zustand der Willensfähigkeit gelangte, und dann die für ihn vorgenommene Agnition genehmigte. Gerade in dieser Hinsicht finden wir nun große Meinungsverschiedenheiten der klassischen Juristen, indem da, wo sie überhaupt **jure singulari** die Agnition zuließen, die Einen darunter bisweilen nur einen interimistischen Besitz verstanden, während die Anderen (vorausgesetzt daß die Erbschaft nicht durch einen Dritten zur **sine re** werde) einen dauernden Erbschaftserwerb hineinlegten, als wie wenn der Handlungsunfähige selbst gleich eine **b. p. cum re** erlangt hätte. Diese beiden Begriffe des dauernden Erbschaftserwerbes (**successio ex jure Praetorio**) und des bloß interimistischen Besitzes sind nun aber, wie wir gesehen haben, unter Justinian völlig auseinander getrennt, und so läßt es sich denn auch leicht erklären, daß Justinian in den verschiedenen Fällen der Antretung für Willensunfähige, jenachdem ihm das Eine oder das Andere passender schien, bald einen definitiven, bald nur einen interimistischen Erwerb annehmen konnte.

Gehen wir nun die einzelnen Fälle genauer durch:

a) Für einen Pupillen konnte in der klassischen Juristenzeit der Tutor freilich weder die **cretio** noch die formlose Willenserklärnng vornehmen [8]), aber man vermogte sich mit

7) fr. 11. de auct. tut.

8) l. 5. C. de jure delib.

Digitized by Google

der eigentlichen **pro herede gestio** zu helfen, indem man den Pupillen die äußere factische Handlung vornehmen, und den Tutor die **auctoritas** interponiren ließ [9]). Das war definitiver Erbschaftserwerb, aber an und für sich nur zulässig, wenn der Pupill über 7 Jahr alt war. Außerdem gestattete man nun auch dem Tutor allein die **b. p.** zu agnosciren, und zwar auch schon vor dem siebten Jahre. Indessen faßten die meisten Römischen Juristen dies nur als interimistischen Erwerb auf, indem sie sagten, ein Tutor könne die **b. p.** nicht repudiiren, sondern nur annehmen, d. h. also die eigentliche Frage, ob das Kind die Erbschaft annehme oder ausschlage, soll jetzt noch gar nicht entschieden werden, sondern bis dahin ausgesetzt bleiben, bis das Kind selbst seinen Willen erklären kann [10]). Und ganz ebenso behandelte man denn auch die **b. p.**, die der Vater für sein Kind unter 7 Jahren agnosciren durfte, von der es ausdrücklich gesagt wird, daß die Frist nicht läuft, weil ja das berufene Kind selbst von der Sache nichts weiß, und einem Nichtwissenden keine Fristen laufen können [11]).

Anders wie diese Juristen nahm es Gaius wenigstens für den **pupillus infans**, (und so wahrscheinlich denn auch für den Haussohn unter sieben Jahren). Er gestand dem Tutor das Recht zu, schon selbst über Annahme oder Ausschlagung der **b. p.** entscheiden zu können, also mußte er auch im Fall der Annahme den definitiven Erwerb zugestehen. Jedenfalls mußte also Gaius der **b. p.** die Natur einer **decretalis** abläugnen [12]). Noch weiter aber ging Mäcian, der **ex similitudine juris civilis et honorarii** neben der Agnition der **b. p.** durch den Tutor auch die **pro herede gestio** des **infans, tutore auctore**, — also auch den civilrechtlichen definitiven Erbschaftserwerb zuließ [12a]).

---

9) fr. 9. de tut. et cur. fr. 17. §. 1. de appellat.

10) fr. 8. de b. p. (Paulus) fr. 1. §. 4. de succ. ed. (Ulpian). Wahrscheinlich verlangten diese Juristen, und auch wohl die Römische Praxis, ebenso wie beim furiosus (Mühlenbruch. Comm. 42 S. 448), eine decretalis b. p.

11) fr. 1. de b. p. furioso inf. (Papinian) fr. 7. §. 1. de b. p. (Ulpian).

12) fr. 11. de b. p. fr. 11. de auctor. et cons. tut.

12a) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell.

Digitized by Google

Diese Controverse ist durch die spätere Gesetzgebung getilgt worden. Man ließ nach dem siebten Jahre das eigene Handeln des Kindes, **tutore auctore** oder **consentiente parente**, sowohl bei der **her. ad.** als der **b. p. agnitio** bestehen [13]); vor dem siebten Jahre aber gestand man dem Vater und dem Vormunde das Recht zu, allein die **her. ad.** oder Agnition vorzunehmen, und zwar mit der Wirkung des definitiven Erbschaftserwerbes (**et eo modo eidem infanti hereditatem quaerere** [14]). Sehr natürlich aber ist, daß unser Deutsches Gewohnheitsrecht nun noch weiter ging, und dem Tutor das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes, das er vor dem siebten Jahre hat ohne den Pupillen zuzuziehen, auch nach dem siebten Jahre anerkannte [15]).

§. 166. — b) Dieselbe Controverse der Römischen Juristen zog sich auch auf den Fall fort, wenn einem **furiosus**, dem ein **curator** gegeben ist, die Erbschaft deferirt wird. Wir finden ihn in mehren Stellen mit dem **infans** in väterlicher Gewalt und unter Vormundschaft als gleichartig zusammengestellt [1]), wie denn auch die Natur der Sache ergiebt, daß, was vom **infans** galt, auch auf den **furiosus** übertragen werden mußte.

Papinian nahm hier, wie beim **infans**, die vom Curator agnoscirte **b. p.** nur als eine interimistische an, so daß sich erst durch den Tod des **furiosus** oder durch sein Gesundwerden

13) §. 1. I. de auctor. tut. l. 18. §. 4. C. de jur. delib.

14) l. 18 pr. §. 2. C. de jure delib. Theodos nimmt also die Ansicht des Mäcian an, und treibt sie sogar noch weiter. Daß wir in der Compilation die sich widersprechenden Ansichten der früheren Zeit so friedlich neben einander finden, ist entweder Nachlässigkeit, oder vielleicht auch absichtliche Aufbewahrung historischer Notizen. Das practische Recht war durch die l. 18. C. cit. genügend klar ausgesprochen.

15) Heise und Kropp Juristische Abh. II. S. 167.

1) fr. 11. de auctor. et cons. tut. fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 7. §. 11. quib. ex caus. in poss. fr. 1. §. 4. u. 5. de succ. ed. — Daß der Prätor, wenn es die Nothwendigkeit erforderte, dem furiosus auch eine in possessionem missio gegeben habe (Bachofen Pfandrecht. I. S. 364.), ist ganz unerweislich, und scheint mir deßhalb unwahrscheinlich, weil ich mir keine Nothwendigkeit,

Digitized by Google

entscheidet, wem die Erbschaft definitiv zufallen wird [2]). Darin also liegt, daß der Curator nicht aus eigenem Willen die Erbschaft repudiiren konnte, oder was hier dasselbe bedeutet, daß man eine **decretalis b. p.** annahm [3]). Gaius dagegen ist, wie beim **pupillus**, anderer Ansicht, er meint, der Curator könne nach eigenem Ermessen annehmen und ausschlagen, er läugnet also, daß die **b. p.** eine **decretalis** sei, und muß folglich auch annehmen, durch die Handlung des Curators werde bereits definitiv über das Schicksal der Erbschaft entschieden. Er stützt sich dabei nicht auf einen juristischen Grund, sondern auf das practische Bedürfniß, daß die Erbangelegenheit bald zu Ende gebracht werden müsse (**expediendarum rerum gratia**) [4]). Papinian deutet hierauf ebenfalls hin, er sagt, es sei doch nicht gut, daß die Güter möglicher Weise so lange Zeit ohne Repräsentanten dalägen, aber er folgert daraus mit Recht nicht das von Gaius Angenommene, sondern nur, daß wenn der **curator furiosi** nicht agnoscire, so müsse einstweilen der Nächstfolgende unter Caution zugelassen werden.

Von Ulpian könnte man meinen, daß er halb die Ansicht Papinians halb die des Gaius sich zu eigen gemacht habe, jene

---

die das erforderte, denken kann. Auch ist von Bachofen die Controverse der Römischen Juristen und die Entscheidung derselben durch Justinian nicht scharf genug erfaßt worden.

2) fr. 1. de b. p. furioso inf. fr. 51. pr. de her. petit. — Von Paulus haben wir keine Stelle über diesen Fall, aber gewiß hat auch er dasselbe angenommen, was er vom **infans** gelten ließ.

3) fr. 1. §. 7. de success. ed. — Proculus ist ebenfalls der Ansicht des Papinian gewesen (fr. 48 §. 1. de legat. II.), denn er sagt, daß die Legatare nur unter Caution der Rückgabe Zahlung erhalten sollen, auf den Fall, daß der furiosus nicht definitiv die Erbschaft erwirbt, also der Folgende die Erbschaft evincirt. Proculus kann hier nicht an einen Näherberechtigten, der die Erbschaft evincire, denken, denn daraus würde folgen, daß jeder sec. tab. b. possessor nur gegen Caution die Legate auszuzahlen brauchte, was doch entschieden nicht der Fall ist.

4) fr. 11. de auct. et cons. tut. — Daß man auch die **hereditatis aditio** für den furiosus als möglich annahm (also ähnlich wie es Mäcian für den **infans** behauptete), wird durch ein Pandektenfragment freilich nicht bestätigt, aber Justinian erzählt es uns in der gleich anzuführenden Stelle.

Digitized by Google

in Beziehung auf den **furiosus**, diese rücksichtlich des **infans** [5]). Es ist dies allerdings möglich, eine andere Stelle Ulpians aus dessen Edictscommentar deutet darauf hin [6]). Hier zeigt nämlich Ulpian, daß er in Beziehung auf den **furiosus** freilich gar keine Bedenken hat, während ihm die Frage für den Pupillen zweifelhaft erscheint (**et magis est**). Während er nun hier allerdings sie ebenso, wie für den **furiosus** entscheidet, so ist es doch vollkommen denkbar, daß er früher oder später in jenem **fr. 2. §. 11.** (aus dem Sabinuscommentar) eine andere Ansicht vorgetragen hat. Eben so möglich aber ist, daß, wie dies heutzutage meist angenommen wird, dies **fr. 2. ad SC. Tertull.** einer Interpolation Justinians unterworfen worden ist. Nur muß man sich dann recht klar machen, wo die Interpolation stecken soll. Im §. 11 kann sie nicht liegen, denn dieser stimmt mit dem **fr. 1. §. 5. de succ. ed.** völlig überein, und dann müßte also Letzteres auch interpolirt sein. Der Grund aber, der hier hinzugefügt ist, (**quia necdum delata est**) deutet wahrlich nicht auf Compilatoren-Arbeit, sondern auf den klassischen Juristen. Die Interpolation muß also jedenfalls im §. 13 gesucht werden, denn er widerstreitet dem, was Ulpian selbst im **fr. 1 §. 4 de success. ed.** sagt. —

Während nun die Gesetzgebung der späteren Kaiser bei dem **infans** sich für den definitiven Erbschaftserwerb erklärte, so nimmt Justinian für den **furiosus** umgekehrt nur die interimistische Wirkung der Agnition an, und tilgt auf diese Weise die frühere Controverse. Er sagt in **l. 6 §. 3 C. de curat.**

---

5) **fr. 2. §. 11. ad SC. Tertull.** — **Igitur et si furioso decreto petita sit possessio, et priusquam ipse mentis compos factus bonorum possessionem petierit, decesserit, matri non obstabit. §. 13. Sed si infanti per tutorem petita sit possessio, licet statim decesserit, dicendum erit, matri obstitisse; non enim similis est ei, quae furioso datur.**

6) **fr. 1. §. 4. de success. ed.** — **Tutor impuberis an repudiare possit bonorum possessionem, videamus. Et magis est, ne possit; sed ille ex auctoritate tutoris repudiare potest. §. 5. Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia necdum delata est.** Der furiosus wird von Ulpian auch mit anderen provisorischen Besitzeinweisungen zusammengestellt. **fr. 12. pr. de b. poss.** „**item is, qui captivi b. possessionem petit.**“

Digitized by Google

fur. ausdrücklich, es hätten sich zwei Ansichten der Juristen gegenübergestanden (**auctores ex utroque latere; utramque auctorum aciem**), und er bezeichnet diese beiden sehr deutlich so, wie ich sie eben aus den Pandektenfragmenten entwickelt habe. Die Einen hätten gemeint, es könne dem **furiosus**, als wie wenn er selbst gehandelt hätte, definitiv das Erbrecht erworben werden (**sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit**), die Anderen hätten dies geläugnet, und den Curator nur zu einer interimistischen Agnition zugelassen (**sive non, et si curator ejus ad b. p. petendam admitti debeat.**). Die erstere Ansicht wird nun ausdrücklich verworfen und die letztere anerkannt. Diese von Justinian gebilligte Agnition des Curators sei früher eine **decretalis** gewesen, dies soll jetzt nicht mehr nöthig *sein*, sondern die allgemeine freiere Agnitionsform genügen. Aber Justinian hebt es noch besonders hervor, daß, abgesehen von der Form, die Agnition des Curators auch fernerhin noch immer das Wesen jener früheren **decretalis** behalten soll (**ad similitudinem bonorum possessionis habere**), und daß also, was ein Hauptpunkt der Papinianschen Ansicht war, dem Curator nicht frei stehen soll, die b. p. zu repudiiren (**curatori autem ejus licentiam damus, imo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur.**). Ebendeßhalb wurde denn auch, weil Justinian nichts will, als die Ansicht von Papinian und seinen Anhängern zum zweifellosen Rechte erheben, in dem eigens für diese Frage angelegten Pandektentitel das **fr. 1. de b. p. furioso** aufgenommen, und durch das **fr. 2. §. 11.** und **13. ad Sc. Tertull.** der directe practische Gegensatz, der jetzt zwischen dem **infans** und *furiosus* bestehen sollte, sehr deutlich hervorgehoben. Die entgegenstehenden Pandektenstellen sind entweder absichtlich beibehaltene historische Notizen, oder Spuren der Nachlässigkeit der Compilatoren.

Justinian führt dann im Verlaufe der **l. 8. C. cit.** noch genauer aus, in welchem Rechtsverhältniß das dem **furiosus** Zugefallene stehen soll, und wenn nach dem Bisherigen noch Zweifel zulässig wären, so verschwindet dadurch alle Möglich-

Digitized by Google

keit, in der b. p. des Curators einen anderen als rein interimistischen Erwerb, zu finden. Im §. 7. heißt es:

> — si quid postea ad furiosum pervenerit sive ex hereditate vel successione vel legato vel fideicommisso vel alio quocunque modo, hoc furioso accedat, et hoc cum alia ejus substantia manibus curatoris tradatur, inventario etiam super his rebus scilicet faciendo; et sub ejus cura custodiatur, quatenus si quidem resipuerit furiosus et adquisitionem admiserit, ipsi restituatur.

Es soll noch immer auf den eigenen Willen des furiosus ankommen, und zwar scheidet nun Justinian genau die Legate von der directen Universalsuccession [7]). Erstere sollen allerdings, nach der Regel der Legate, dem furiosus ipso jure zufallen, und nur, wenn er zu Verstande kommt und sie ausdrücklich ausschlägt (aperte haec respuerit), als ihm nicht erworben angesehen werden (§. 9). Die directe Universalsuccession dagegen (si quidem successio est) soll nach dem §. 8. nicht bloß dann an andere Personen fallen, wenn der genesene furiosus sie ausdrücklich ausschlägt, sondern auch wenn er als furiosus stirbt. Offenbar verlangt hier also Justinian zum eigentlichen definitiven Erwerbe (adquisitionem admittere) eine positive Anerkennungshandlung des gewesenen furiosus, bis wohin die bona vom Curator nur custodirt würden. Gerade so sagt auch Papinian im fr. 1. de b. p. furioso, die bona seien zu restituiren: si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus ante mortem obierit, quam hereditatem agnosceret, so wie Ulpian fordert (fr. 2. §. 11. ad Sc. Tertull.), der furiosus müsse nach seiner Genesung noch einmal selbst die Agnition, trotz der vorhergehenden decretalis b. p., vornehmen. Und es kann doch kein Zweifel sein, daß in diesen beiden Stellen von Papinian und Ulpian das practische von Justinian gebilligte Recht enthalten ist.

---

7) Von den Erbschaftsfideicommissen handelt denn noch eine besondere Constitution, l. 7. pr. C. ad SC. Trebell. vgl. auch fr. 35 ad SC. Trebell. s. darüber Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 455 ff.

Digitized by Google

Ebenso wie nun im fr. 1. de b. p. furioso anerkannt wird, daß im Fall der furiosus die Erbschaft nicht erhalte, proximus quisque gerufen werde, also nach dem institutus der substitutus, und falls dieser schon vor dem furiosus stirbt, die ceteri, wie sie nach allgemeinen Regeln die Nächsten sind, so wird dies auch noch einmal besonders von Justinian hervorgehoben, nur daß er die Cautionen, welche die alten Juristen hier verlangt hatten, aufhebt. Justinian sagt, es sollen diejenigen kommen, welche mortis tempore furiosi propinquiores existant ei, ad cujus bona vocabantur, und hier ist doch durchaus der nächstliegende Gedanke, daß damit die gemeint sind, welche nach den gewöhnlichen Regeln des Erbrechts aufeinander folgen. Justinian zählt auch noch besonders die Substituten, Intestaterben und den Fiskus als die Hauptklasse der hinter dem furiosus Stehenden auf. Aber gerade diese Aufzählung hat neuerdings von Vangerow Gelegenheit gegeben, eine ganz neue Theorie über unsere Frage aufzustellen [9]). Seine Argumentation ist, wie mir scheint, nicht glücklich. Justinian vergißt nämlich darunter auch noch die coheredes anzumerken, und daß er es eben nur vergißt, indem er nicht weiter an den Fall denkt, wenn der furiosus mit Andern zusammengerufen ist, dünkt mir eine Annahme, wie wir sie bei der Erklärung Justinianeischer Gesetze hundertmal ohne Bedenken zulassen, ja zulassen müssen.

v. Vangerow aber schließt, die coheredes seien absichtlich

---

8) Gewiß hatten schon die klassischen Juristen, die einen nur interimistischen Erwerb annahmen, die Ansicht, daß der beim Tode des furiosus Nächste hinter ihm gerufen werde. Der furiosus hat gleichsam nur ein besonders langes spatium deliberandi, wenn dies, ohne daß ein Erwerb erfolgt, verläuft, so tritt eine neue Delation ein, die also natürlich an den erfolgt, der jetzt der Nächste ist.

9) Archiv für civ. Praxis XXX. Nr. 1. — Mit Rücksicht auf den großen Stoff dieses Werks konnte ich mich nicht weitläuftiger, als hier geschehen ist, auf die Widerlegung der Vangerowschen Ansicht einlassen, aber das im Text Gesagte scheint mir auch völlig zu genügen. Ich lasse diesen §. 166 unverändert so abdrucken, wie er im Sommer 1847 geschrieben worden ist. Seitdem sind noch zwei besondere Abhandlungen zur Widerlegung Vangerows erschienen von Fritz und v. Löhr Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß. Neue Folge IV. Heft 2.

Digitized by Google

veggelassen, wir hätten hier einer reinen Buchstabeninterpre-ation zu folgen. Justinian wolle dem **furiosus** die Erbschaft efinitiv erworben sein lassen, welcher Erwerb dann nur hin-erdrein resolvirt werden könne. Ebendeßhalb, weil sie ihm urch den Curator definitiv erworben werde, könne sie nicht nehr an die **coheredes** fallen. — Wie Justinian zu dieser vunderbaren Rechtsgestaltung komme, wird nicht weiter erklärt, ls mit dem **non omnium, quae a majoribus constituta sunt, atio reddi potest**! Denn darin, daß man ausnahmsweise durch **n int. rest.** und Aehnliches von dem erworbenen Erbrechte zu-ücktreten kann, liegt wahrlich noch keine Rechtfertigung, weß-alb hier Instinian von dem allgemeinen Satze: **semel heres semper heres** hätte abweichen müssen. Aber noch gegen ein nderes Princip des Erbrechts würde er sich aufgelehnt haben, ndem nach Wangerows Ansicht sehr leicht theilweise testamenta-ische theilweise Intestatsuccession eintreten könnte. Und alle iese Inconsequenzen sollen wir auf uns laden, weil Justinian ie **coheredes** nicht besonders mit aufgezählt hat!

Wenn man dagegen sich vergegenwärtigt, wie eng sich Justinians Constitution augenscheinlich an die frühere Contro-erse der Juristen anschließt, und wie einfach sie sich daraus rklärt, wenn man ferner bedenkt, daß die **decretales b. p.** reilich „scharf von den **missiones in bona** geschieden werden", ber wahrlich auch nicht mit dem Begriff einer interimistischen Besitzergreifung in Widerspruch stehen, — so scheint mir kein Zweifel übrig zu bleiben, daß wir mit vollem Recht an der lten von Theorie und Praxis [10]) stets anerkannten Ansicht fest-uhalten haben, wonach die **b. p.** des Curators für den **furiosus** nur ein interimistisches Recht an der Erbschaft gewährt.

§. 167. — c) In dem Pandektentitel, der die **b. p.** des **furiosus** enthält, ist auch noch, wie schon die Ueberschrift besagt, om **mutus, surdus,** und **caecus** die Rede. Das kurze r. 2. von Ulpian enthält darüber nur den Satz, daß sie die **b. p.** agnosciren können, **si, quod agatur, intelligant.** Un-

10) Heise u. Cropp. Jur. Abh. II. S. 173. Mühlenbruch Commentar. Bd. 42. S. 460.

Digitized by Google

bedenklich dürfen wir hierunter in der Justinianeischen Zeit den definitiven Erbschaftserwerb verstehen, denn man ließ ja auch schon unter den klassischen Juristen für diese des Willens und der Willensäußerung fähigen Personen die **her. aditio** zu. Wie aber, wenn sie in einem Zustande sich befinden, daß sie **nihil intelligere possunt**?

Wir haben freilich keine weitere directe Kunde hievon, aber es scheint doch wenig bedenklich, anzunehmen, daß der Streit den die Römischen Juristen über den **infans** in väterlicher Gewalt und unter Vormundschaft, sowie über den **furiosus** führten, auch auf diesen Fall sich beziehen mußte. Es ist hier ebenso wie in jenen drei Fällen eine willensunfähige Person vorhanden, und wenn sie einen **curator** hat, so ist gar kein Grund vorhanden, dessen Stellung anders als die der Vormünder von jenen drei Personen aufzufassen. Es erhebt sich nur aber die Schwierigkeit, wie wir im Justinianeischen Recht unseren Fall behandeln sollen, wo für den **infans** und für den **furiosus** gerade die entgegengesetzten Principien, für jenen der definitive, für diesen der interimistische Erbschaftserwerb angenommen worden ist.

Die Compilation enthält nur eine hierauf bezügliche Stelle, jenes schon öfters erwähnte Fragment von Mäcian, worin für den **infans** die in der Compilation gebilligte Ansicht vorgetragen wird. Mäcian stellt den **mutus** mit ihm auf gleiche Stufe, und so scheint kein Zweifel, daß wir dies für Justinians Ansicht zu erklären hätten [2]).

Nichtsdestoweniger scheint mir die entgegengesetzte Ansicht die richtigere. Mäcian spricht direct nur von der Restitution des Erbschaftsfideicommisses, und gerade der Fall des **furiosus** belehrt uns, daß wir daraus keineswegs auf den Erwerb der directen Universalsuccession schließen dürfen (s. den vor. §. Note 7).

---

1) fr. 65. §. 3. ad SC. Trebell. — Quod aliquatenus circa mutos expediri potest, (nam) si auditus capaces sunt, vel interrogati nutu possint significare, velle se periculo suo hereditatem adire.

2) fr. 65. §. 3. ad SC. Treb. — ideoque et heres compelli per tutorem potest adire, et restituere hereditatem; quo exemplo et mutus, qui nihil intelligere potest, per curatorem adjuvatur.

Digitized by Google

Wenn wir nun auch aus der Stelle schließen können, daß Mäcian, und gewiß ebenfalls Gaius, weiter gingen, so kommt doch das für die Justinianeische Compilation nicht in Betracht. Bedenken wir aber, daß wir in dieser ganzen Lehre auf dem Gebiet der Privilegien, besonderer **beneficia**, stehen, so werden wir zu folgendem Schluß getrieben. Das Recht des **furiosus** ist ein geringeres **beneficium** als das der **infantes**. Daß nun dem **mutus, qui nihil intelligit**, jedenfalls nicht weniger Recht, wie dem **furiosus** von Justinian zugestanden werden sollte, können wir, da Beide in demselben Pandektentitel zusammengestellt sind, unmöglich bezweifeln. Daß er aber mehr Recht hätte als der **furiosus**, und dem **infans** gleichstände, dazu würde es der ausdrücklichen Anerkennung dieses höheren Privilegiums bedürfen, und da wir diese nirgends finden, so ist es richtiger, ihm, ganz nach Analogie des **furiosus**, nur einen interimistischen Erbschaftserwerb durch den Curator zuzugestehen. Es kommt also darauf an, ob der Taubstumme (denn nur bei diesem wird wohl ein Zustand des **nihil intelligere** vorkommen) in diesem Zustande verstirbt, oder durch Unterricht dazu gelangt, seinen eigenen Willen durch Zeichen oder Worte aussprechen zu können.

d) Daß auch die Verschollenen ebenso wie der **furiosus** zu behandeln seien, bedarf hier keiner weiteren Entwicklung, da ich auf die Darstellung eines trefflichen Gewährsmannes verweisen kann [3]).

e) Ebenso genügen auch für den **pubes**, der noch minderjährig ist, wenige Worte [4]). Nach Römischem Rechte steht seinem Curator das Recht der **hereditatis aditio** entschieden nicht zu [5]), es war auch gar nicht nöthig, da der Minderjährige gar kein Handlungsunfähiger ist, und sie selbst vornehmen kann. Aus diesem Grunde scheint es auch ganz unwahrscheinlich, daß man dem Curator das Recht der interimistischen **b. p.** zugestanden habe. Heutzutage aber ist es anders. Das Deutsche Recht hat die Befugnisse des **tutor impuberis** und

3) Cropp a. a. O. S. 171. ff. s. oben §. 166. Note 6.
4) s. Cropp a. a. O. S. 167.
5) fr. 90 pr. de acq. vel. om. her.

Digitized by Google

des **curator minoris** ausgeglichen, und dem Letzteren ebenso wie Jenem das Recht des definitiven Erbschaftserwerbes für den Mündel zugestanden.

1) Zuletzt ist noch ein ganz exorbitantes Privilegium zu erwähnen. Juristische Personen, die überhaupt erbfähig sind, sollen nach einer Pandektenstelle, die freilich wohl erst von Justinian so gestaltet worden ist, durch ihren **actor** oder sonstigen Vertreter die **b. p.** erwerben. Da in der Justinianeischen Compilation regelmäßig **bonorum possessio** die definitive **successio ex jure praetorio** bedeutet, so stehen also hiernach die juristischen Personen, als völlig willensunfähige, den **infantes** gleich. Aber ihr Recht soll noch weiter gehen, auch wenn der **actor** die Antretung versäumt, so soll sie doch **ipso jure** als geschehen angenommen werden [6]). Es ist dies also ein ähnliches Recht, wie das des **suus**, dem die Erbschaft **ipso jure** zufällt.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist demnach Folgendes. Es bestehen in Beziehung auf den Erbschaftserwerb für Willensunfähige im heutigen Rechte zwei verschiedene Stufen der Erwerbung, die aber beide als besondere Privilegien erscheinen. Die eine, der definitive Erwerb (wobei also dem Vertreter, wo nicht besondere Ausnahmen sind, auch das Recht der Ausschlagung zusteht), gilt für **infantes** in väterlicher Gewalt, für die **impuberes** und **minores** unter Vormundschaft, und für juristische Personen. Die andere, welche bloß einstweilige **custodia** gewährt, besteht für **furiosi**, Taubstumme die keinen Willen äußern können, und für Verschollene.

---

6) fr. 3. §. 4. de b. p. — A municipibus et societatibus, et decuriis, et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet b. p. **Sed etsi nemo petat vel agnoverit b. p. nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Praetoris edicto.** s. noch fr. un. de libertis universit. — Zur Zeit der klassischen Juristen hat hier wohl allgemein eine decretalis b. p. statt gefunden (arg. fr. 12. ut in poss. legator. s. §. 113. Note 3.), welche dann Justinian ebenso wie bei der b. p. furiosi nomine gestrichen hat. Der Satz von sed etsi an rührt wohl ganz von Justinian her.

Digitized by Google

§. 168. — 2) Wir gehen jetzt zu dem zweiten Fall über, dem Erbschaftserwerbe für willensfähige Personen (**per procuratorem**). Wir nehmen also an, daß der Berufene selbst an und für sich im Stande wäre, die Antretung vorzunehmen, daß aber die Lage der Verhältnisse es ihm wünschenswerth macht, die Handlung durch einen Anderen ausführen zu lassen. Die Grundlage des Verhältnisses ist also das Mandat des Berufenen, oder im Fall der unaufgeforderten Vertretung, dessen Ratihabition.

Ich will nun zuerst, bevor ich auf die eigenthümliche Gestalt des Justinianeischen Rechts eingehe, untersuchen, welche Antwort auf unsere Frage aus den oben schon hervorgehobenen Grundprincipien des Erbrechts folgt, ohne Rücksicht auf die rein civilrechtliche Gestalt der **cretio**. Daß die Römischen Juristen sich der in dieser Hinsicht zu gebenden Antwort klar bewußt gewesen sind, ist leicht zu erweisen.

Einestheils sehen wir dies nämlich, wie ich bereits bemerkte, aus der Art, wie sie die Agnition der **b. p.** behandeln. Man brauchte dieser keine anderen Schranken zu ziehen, als sie das Wesen des Erbrechts mit sich brachte. Anderntheils aber sehen wir es auch aus der Gestaltung eines anderen Falles, der an und für sich freilich nicht eigentlich hieher gehört. Wenn nämlich einem Haussohn oder einem Sklaven eine Erbschaft deferirt wurde, so konnte allerdings der Hausherr für den **infans** eine **b. p.** erbitten, und auch überhaupt eine **pro herede gestio** vornehmen (s. §. 135. Note 14). Hievon wollen wir einstweilen absehen, und umgekehrt annehmen, daß der Berufene selbst die Antretungshandlung vollführen wollte. Hiezu bedurfte es, wie oben (§. 135.) entwickelt worden ist, der **cretio**, aber außerdem noch des vorgängigen Auftrages (**jussus**) des Hausherrn. In diesem Falle ist also von einer Stellvertretung nicht die Rede, nichts destoweniger aber von einem Auftrage zur Erbantretung. Da der Sohn die **cretio** aus eigener Person vornimmt, so kann sehr erklärlicher Weise die streng civilrechtliche Natur der **cretio** auf die Regeln, unter denen jener von einer nicht berufenen Person ausgehende Auftrag steht, gar nicht einwirken, vielmehr mußten Letztere das klare Abbild der allgemeinen Principien des Erbrechts sein.

Digitized by Google

So kommt es, daß wir unsere Frage: wie man Jemanden den Auftrag zur Erbantretung geben könne, durch das bestätigt finden, was die Römer in Beziehung auf die Agnition der b. p. und den jussus des Vaters annahmen. Wir werden sehen, daß es nichts Anderes ist, als was die einfache Combination der Grundsätze vom Mandat mit den (im §. 165. a. Note 3 u. 4) schon angegebenen Regeln des Erbrechts von selbst mit sich bringt.

Man hat öfters behauptet, wenn das positive Recht eine ganz freie formlose Willensäußerung für genügende Erbantretung erkläre [1]), wie es im Römischen Rechte der Fall ist, so sei ja jeder Auftrag an einen **procurator**, worin der Wille der Antretung sich äußere, schon eine **hereditatis aditio**; eine Stellvertretung und ein Auftrag für die eigentliche Erbantretung lasse sich hier also gar nicht denken, vielmehr könne dies nur vorkommen, wo, wie bei der **b. p. agnitio** oder bei der **cretio**, eine bestimmte formelle Handlung erfordert werde.

Indessen ist diese Argumentation nicht richtig, obgleich sie ein wahres Element enthält. Allerdings nämlich ist die ganz formlose **her. aditio** an gar keine Erklärung bestimmten Personen gegenüber gebunden. Ich kann also jedem Beliebigen sagen, ich nähme die Erbschaft an, und beauftrage ihn, Erbschaftssachen in Besitz zu nehmen, zu verkaufen, u. s. w. Dieser ist dann nicht mein Stellvertreter für die Antretung, sondern ich selbst habe sie angenommen, und beauftrage ihn nun, nachdem ich Erbe geworden bin, einzelne Handlungen der Erbschaftsregulirung vorzunehmen. Man muß also im einzelnen practischen Fall stets prüfen, ob etwa die vorliegende Handlung in dieser Weise eine Antretung und ein darauf gefolgtes Mandat zur Vornahme beliebiger Dispositionen über die erworbene Erbschaft in sich vereinigt. Aber so sehr dies richtig ist, so ist doch ebensowenig zu läugnen, daß daneben auch eine Reihe anderer Fälle denkbar sind, die das practische Leben nothwendig hervorruft, und die als wahrer Auftrag und wahre Stellvertretung zur Antretung erscheinen. Wir wollen dies in folgende Punkte theilen:

---

1) Averanius Int. jur. I. 12. Nro. IV.

Digitized by Google

a) Es kann dem Berufenen ein besonderes Interesse sein, daß die Willenserklärung des Erbschaftserwerbes bestimmten Personen gegenüber, mit denen er etwa im Streit über die Erbschaft ist, oder die (wie Legatare, Creditoren) ihr Recht von ihm ableiten sollen, vorgenommen werde. Wenn nun das positive Recht eine ganz formlose Willenserklärung zuläßt, so muß doch der Berufene, falls er etwa abwesend ist, sie nothwendig auch durch einen **procurator** abgeben können. Sein Auftrag an diesen ist dann nicht schon die Antretung, sondern „lediglich die Erklärung, daß der **mandans** durch die Erklärung des **procurator** Erbe werden wolle“ [2]). Das Rechtsverhältniß ist daher so aufzufassen, daß, weil in dem Auftrage an den **procurator** die Antretung noch nicht liegt, man ihn nach den Regeln des Mandats vor der Ausführung noch immer revociren kann, während wenn wir darin schon die **her. aditio** finden müßten, von einer Zurücknahme derselben nicht mehr die Rede sein könnte. Uebrigens muß hier noch wohl hervorgehoben werden, daß in diesem Fall der Beauftragte Nichts weiter nach eigenem Ermessen zu thun hat, er soll nur die Willenserklärung des Berufenen überbringen und aussprechen. Sobald dies geschehen ist, und der **mandans** nicht vorher widerrufen hatte, ist die Antretung vollbracht. Wir können diesen Fall nach einer in anderen Lehren bekannten Terminologie der Römer die **her. aditio per nuntium** nennen.

b) Gestatten wir aber diesen Fall, so müssen wir nothwendig noch weiter gehen. Man kann, wenn das positive Recht nur eine formlose Willenserklärung zur Antretung fordert, diesen Willen sowohl durch eigene ausdrückliche Erklärung, als durch concludente Handlungen äußern. Dies Letztere ist die **pro herede gestio** im engeren Sinn. Wenn man nun aber bei jener ausdrücklichen Erklärung einen Stellvertreter zuläßt, so muß auch dies bei der **pro herede gestio** möglich sein. Der Berufene kann abwesend sein, er kann wissen, daß ihm andere Erbprätendenten gegenüber stehen. Er hat vielleicht keine Lust, falls diese schon die Erbschaft in Besitz genommen hätten, sich,

2) Dies ist sehr richtig hervorgehoben in Frobens Commentar zu Thibauts Pand. II. S. 295.

Digitized by Google

obgleich er in der That der besser Berechtigte ist, in die Weitläuftigkeiten eines Erbschaftsprocesses einzulassen. In diesem Fall will er also gar nicht antreten, um ihn aber zu verhindern schickt er rasch einen Procurator, der jenen Prätendenten in der Besitzergreifung zuvorkommen, und darauf Handlungen vornehmen soll, die seinen Willen der Erbantretung an den Tag legen. Nur unter dieser Voraussetzung, daß er ohne Proceß in den Besitz gelangt, und auf diese Weise den Gegnern in vortheilhafterer Lage gegenübersteht, hat er den Willen Erbe zu werden. Es ist nun ein solcher Auftrag an den **procurator** keineswegs schon die Antretung selbst, die man eine bedingte zu nennen hätte, auch nicht einmal der Auftrag ist ein bedingter; man befiehlt ihm bloß, in erlaubter Weise den Besitz der Erbschaft zu ergreifen, und die **pro herede gestio** vorzunehmen. Es ist nur eine in der Sache selbst liegende Bedingung, die gar nicht ausgesprochen zu werden braucht, daß der **procurator** lediglich, wenn Andere noch nicht den Besitz ergriffen haben, ihn an sich nehmen solle; denn weiter zu gehen wäre ja verbotene Selbsthülfe, und wenn nicht die **cretio** aus einem anderen Grunde, nämlich wegen der solennen Wortformel für Stellvertreter unmöglich erschiene, so wäre ja sogar bei ihr eine solche in der Sache selbst liegende Bedingung erlaubt. Es kann also keinem Bedenken unterliegen, daß ihr bei der ganz formlosen **pro herede gestio** gar nichts entgegensteht.

Ebenso wie in dem vorigen Punkte haben wir daher auch in der Handlung des **procurator** die Erbschaftsantretung zu finden, und es gilt hier wie dort der Satz, daß bis zu dieser Handlung das Mandat noch widerrufen werden kann.

c) Aber auch hiebei können wir nicht stehen bleiben. Wir haben bisher stillschweigend angenommen, daß der Berufene über Alles, was er wissen muß, um selbst die Antretung vornehmen zu können (§. 165. zu Note 3 u. 4.), schon zur Zeit, als er den Auftrag gab, in Klarheit war. Wie nun aber, wenn das noch nicht der Fall war, und er in Folge dessen einen wahrhaft bedingten Auftrag zur Erbantretung gab? Bei der **cretio** wäre diese Frage freilich von vorn herein unmöglich, denn hier sind nur die in der Sache selbst liegenden Bedingungen zulässig, und diese dürfen auch nicht einmal formell

Digitized by Google

usgesprochen werden, wie viel weniger also kann von wahren Bedingungen die Rede sein. Aber von den civilrechtlichen Eigenthümlichkeiten der **cretio** sehen wir hier ab, und fragen nur, wie es das Wesen der Sache für die formlose Antretung mit sich bringt. Hier mögte man mir nun einwenden, daß ich selbst oben zugestanden habe, man müsse über jene schon angeführten Punkte vollkommen sicher sein, um nicht etwa wegen positiver civilrechtlicher Strenge, sondern schon nach den allgemeinen Grundsätzen des Erbrechts die Antretung vornehmen zu können; also müsse auch dieselbe Sicherheit schon bei dem Auftrage zur Antretung vorliegen. Aber dieser Einwand trifft nicht, wie sich leicht erweisen läßt.

Im Bisherigen haben wir gesehen, daß der Auftrag zur Antretung von der Antretung selbst genau geschieden werden kann und muß. Jener ist rein nach den Regeln des Mandats zu beurtheilen, diese dagegen liegt erst in der Handlung des Procurators. Nun aber ist bekanntlich ein bedingtes Mandat in aller Weise zulässig. Es folgt also auch, daß man das Mandat zur Antretung ganz frei an Bedingungen knüpfen kann, sobald nur zur Zeit, wo der **procurator** die die Antretung enthaltende Handlung vornimmt, diese Bedingungen erledigt sind, und man beim Mandanten zu dieser Zeit den entschiedenen Willen voraussetzen kann, daß er nach Erledigung dieser Bedingungen die Erbschaft antreten will.

Daß die Römer diesen Satz entschieden anerkannt haben, sehen wir aus Folgendem. Sie sagen, man könne keine Erbschaft mit der Bedingung **si solvendo sit hereditas** antreten, wohl aber dürfe der Vater seinem Sohn mandiren, wenn er gefunden haben werde, daß die Erbschaft solvent sei (und es also **expedit adire**), sie anzutreten [3]). Ferner man müsse den Delationsgrund der Erbschaft kennen, wenn indeß der Vater ihn nicht wisse, aber dem Sohn unter der Bedingung: **si qua ex testamento Lucii Titii deferatur hereditas** die Antretung aufträgt, so sei es ein gültiger **jussus** [4]). Hiernach werden wir auch unbedenklich sagen können, daß der Va-

3) fr. 51. §. 2. vgl. mit fr. 25. §. 8. u. 9. de acq. vel omitt. her.
4) fr. 22. vgl. mit fr. 25. §. 13. eod.

Digitized by Google

ter wenn er z. B. dem Sohn auftrug, zuerst zu untersuchen, ob das testamentum kein falsum sei, oder ob keine Näherberechtigten vorhanden wären [5]), und wenn er darüber Sicherheit erlangt habe, die Erbschaft anzutreten —, daß der Vater ein gültiges Mandat ertheilt habe. An und für sich muß deßhalb auch angenommen werden, daß trotz des Satzes, erst nach dem Tode des Erblassers könne die Antretung erfolgen [6]), der Vater auch schon vorher dem Sohn mandiren dürfe, sobald die bestimmte Person gestorben sein werde, die Erbschaft anzutreten. Und in der That nehmen dies auch die Römer an, aber freilich mit einer sehr erklärlichen Einschränkung. Es ist turpe, schon auf die Erbschaften lebender Personen bestimmte Anordnungen zu treffen, wenn also auch das Mandat juristisch gültig ist, so ist es doch wegen jener Immoralität nicht aufrecht zu halten. Der Fall muß also der Art gestaltet sein, daß er die turpitudo ausschließt, um die juristische Gültigkeit des Mandats hervortreten zu lassen. Also der Vater muß z. B. durch ein Gerücht zu dem Glauben veranlaßt sein, daß jene bestimmte Person gestorben wäre [7]).

Aus allen diesen Einzelheiten geht hervor, daß der Vater genau bei seinem Mandat schon im Voraus alle die Punkte berücksichtigen muß, über welche der Sohn sich vor der Antretung Auskunft verschaffen soll, und über welche der Vater klar sein müßte, wenn er selbst sie vornehmen wollte. Es kann daher nie genügen, wenn bloß ein generelles Mandat ertheilt worden ist [8]). Nur durch diese Beschränkung wird es möglich, daß wir sagen können, der Wille des Vaters sei zu der Zeit, wo der Sohn die Antretung vornimmt, und unter den Verhältnissen, wie sie der Sohn constatirt hat, wirklich noch vor-

---

5) fr. 17. pr. fr. 30. §. 3. u. 4. de acq. vel om. her.

6) fr. 32. pr. eod.

7) fr. 25. §. 6. eod. — An nominatim de vivi hereditate mandari possit, quaeritur. Sed ego non puto recipiendum, ut de vivi hereditate mandetur; plane si rumor fuit, Lucium Titium decessisse, poterit ei mandare.

8) fr. 25. §. 5. eod. — Sed utrum generaliter: quaecunque tibi hereditas fuerit delata an specialiter? Et magis placet, ut Caius Cassius scribit, specialiter debere mandare.

Digitized by Google

handen. Ferner aber ist es offenbar, wie bei allen Mandaten, nöthig, daß der Vater dauernd bei seinem Auftrage beharrte oder beharren konnte, also daß er nicht vor der Antretungshandlung des Sohnes den Auftrag revocirt hat [9]), oder in einen Zustand kam, in dem er keinen Auftrag mehr hätte ertheilen können [10]).

Was ist es nun, das uns aus dieser Entwicklung der Römer entgegenleuchtet? Offenbar die einfache Combination der aus dem Wesen des Erbrechts hervorgehenden Grundsätze mit den Regeln des Mandats. Der Sohn, indem er die Erbschaft antritt, thut ein Doppeltes. Er nimmt sie in eigenem Namen an, und deßhalb kann er die **cretio** vollführen, zugleich aber auch im Namen des Vaters, in dessen Vermögen die Erbschaft fiel. Beides läßt sich, obgleich in eine Handlung zusammenfallend, genau von einander scheiden, und deßhalb muß auch bei der formlosen **her. aditio**, die, eben weil sie formlos ist, durch einen freien Stellvertreter angenommen werden kann, das Rechtsverhältniß des Auftrages zur Antretung ganz denselben Regeln unterworfen sein, wie sie für den mandirenden Vater aus der Natur der Sache hervorgehen. So kommt es denn auch, daß wir in einzelnen Punkten für die Agnition der **b. p.** ganz dieselben Sätze anerkannt finden, wie die eben erwähnten. Daß die Agnition nicht gilt, wenn der Mandant vorher **poenitentiam egit**, versteht sich von selbst. Und ebenso ist es auch, wenn Jemand unaufgefordert die **b. p.** erbat, und der Vertretene sie nicht ratihabirt. Sie gilt erst seit dem Augenblicke der Ratihabition [11]). Wenn daher der

---

9) fr. 25. §. 14. eod. — Sed si posteaquam jussit, poenitentiam egit, priusquam adiret, nihil agit adeundo.

10) fr. 25. §. 15. eod. — Item si se arrogandum dederit, priusquam filius adiret, non est acquisita hereditas. Ebenso wenn der Herr nach dem jussus aber vor der cretio wahnsinnig geworden ist. fr. 47. eod.

11) fr. 3. §. 7. de b. p. — Acquirere quis b. p. potest vel per semet ipsum, vel per alium. Quodsi me non mandante b. p. mihi petita sit tunc competet, quum ratum habuero id quod actum est. fr. 65. pr. de SC. Trebell. fr. 24. pr. ratam rem hab. Beim Vater galt freilich keine ratihabitio, sondern der jussus mußte vorausgehen. fr. 6. pr. §. 1. de acq. vel om. her.

Digitized by Google

Vertretene vor derſelben ſtirbt, ſo hat ſie keine Bedeutung [12], ebenſogut, wie nach Note 10 das Mandat des Vaters aufhört, wenn er ſich vor der Antretung hat arrogiren laſſen. Es ſcheint mir daher auch unbedenklich angenommen werden zu können, wenn gleich keine beſonderen Stellen davon in der Compilation reden, daß alle jene weiteren Regeln über das Mandat des Vaters an ſeinen Sohn (Note 3—8) auch bei dem Mandat zur Agnition der b. p. Anwendung gefunden haben [13].

§. 169. Die Reſultate des vorigen §. über das Recht der Stellvertretung beim Erbſchaftsantritt ſind nicht etwa bloß wünſchenswerthe Regeln, die ihre Verwirklichung noch von einer beſonderen Geſetzgebung erwarteten, ſondern ſie ſind das Ergebniß, welches ſich ſchon durch die Wiſſenſchaft aus den ganz feſtſtehenden Grundſätzen über Erbewerden und Mandat entwickeln läßt, ſobald wir nur die Erbantretung als eine form-

---

12) fr. 3. §. 7. eod. Denique si ante decessero, quam ratum habeam, nulla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neque ego ratum habui, neque heres meus ratum habere potest, quum ad eum non transeat jus bonorum possessionis. — Aus dem fr. 16. de b. p. ſcheint Thibaut (Pand. §. 869 Note m.) abzuleiten, daß (obgleich er es auffallend findet) im Fall des vor der Ratihabition eintretenden Wahnſinns die Agnition der b. p. gültig ſei. Dies iſt aber unzuläſſig wegen fr. 48. de acq. vel om. her. Beide Stellen ſind von Paulus. In letzterer ſagt er, wenn der Vertretene erſt nach der Agnition furere coepit, ſo gilt ſie, denn da er vorher mandirt hatte, und bis zur Agnition kein Widerruf erfolgt war, ſo iſt die b. p. erworben, und es iſt einerlei, ob hinterdrein gleich der Wahnſinn eintritt, denn es bedarf keiner weiteren Ratihabition. An dieſen Fall muß denn auch Paulus im fr. 16. gedacht haben. — Wenn dagegen der Wahnſinn vor der Agnition eintritt, ſo kann die b. p. nicht gleich erworben ſein, ebenſowenig wie wenn ſich der Vertretene vorher arrogiren läßt (Note 10). Vielmehr muß nun noch der Vater des Arrogirten, oder wenn der mandans wahnſinnig wird, er ſelbſt in einem lichten Augenblick beſonders rathihabiren. fr. 5. pr. §. 1. quis ordo.

13) Für einen dieſer Fälle haben wir eine ausdrückliche Beſtätigung. Der Vater kann mandiren: si expedit adire (Note 3), und ebenſo kann man auch Jemandem den Auftrag geben: ut, si aestimaverit, peteret sibi bonorum possessionem. fr. 48. de acq. vel om. her.

Digitized by Google

lose Handlung voraussetzen. Bei den Römern wurde nun in der That neben der **cretio**, die früher ganz allgemein gewesen war, in der klassischen Juristenzeit diese ganz formlose Erbantretung als **pro herede gestio vel nuda voluntas suscipiendae hereditatis** anerkannt (s. §. 128. u. 135). Es ist nie vor Justinian ein Gesetz gegeben worden, daß die eigenthümlichen civilrechtlichen Schranken, welche bei der **cretio** die Unzulässigkeit der Stellvertretung hervorriefen, auch auf die formlose **her. aditio** übertragen werden sollten. Die Frage kann also nur so gestellt werden: ob nun doch die klassischen Juristen diese Uebertragung vorgenommen haben, oder nicht? Fänden wir nun Ersteres in unseren Quellen bestätigt, so müßten wir den Juristen einen starken Mißgriff Schuld geben, denn da gar kein äußeres zwingendes Gesetz vorlag, so war nicht der geringste Grund vorhanden, weßhalb man das, was bei der **cretio** die Natur der **actus legitimi** hervorrief, auf die formlose **her. aditio**, die eben kein **actus legitimus** war, hätte herüberziehen sollen. Finden wir dagegen, daß die Römischen Juristen annahmen, was eine wissenschaftlich consequente Argumentation mit Nothwendigkeit ergiebt, so verdienen sie auch in diesem Punkte das Lob, das wir ihnen überhaupt in hundert und tausend Fällen spenden müssen.

Auf welche von beiden Seiten dieser Alternative führen uns nun unsere Quellen? Auf jene erstere wahrlich nicht, aber freilich müssen wir zugestehen, daß wir auch für die letztere wenig Andeutungen besitzen. Nichtsdestoweniger scheinen sie mir vollkommen genügend, um eben diese letztere Annahme für die allein mögliche zu erklären. Daß uns wenige Fragmente der Römischen Juristen darauf hindeuten, erklärt sich wohl daraus, daß es damals regelmäßige Sitte war, die **b. p.** zu agnosciren, bei der die Zulässigkeit der Stellvertretung allgemein bekannt war, und daß überhaupt die **nuda voluntas acquirendae hereditatis** als genügende civile Erbantretung, wie ich oben gezeigt habe (§. 128), von den meisten Römischen Juristen gar nicht erwähnt wird.

Die Zeichen, daß die klassischen Juristen eine Stellvertretung bei der formlosen Antretung unbedenklich zuließen, sind folgende. Sie erkennen zuerst die **aditio per nuntium** (s. d.

Digitized by Google

vor. §. unter a) ganz entschieden an [1]). Aber auch die pro herede gestio durch einen Anderen als den Berufenen (s. d. vor. §. unter b) muß man im Allgemeinen für möglich gehalten haben, denn schon der Kaiser Decius sagt (250), daß der Vater die dem Sohn deferirte Erbschaft, mit dem Willen des Sohnes durch pro herede gestio erwerben kann [2]). Freilich handelt der Vater hier ebenso in doppeltem Sinne, als wie der Sohn, wenn er nach dem jussus des Vaters die cretio vornimmt. Auf seinen eigenen Willen kommt es wesentlich mit an, aber dabei ist doch nicht zu läugnen, daß er zugleich Stellvertreter des berufenen Sohnes ist, weßhalb denn dieser auch consentiren muß. Daß nach den Worten der angeführten Stelle über diese Befugniß des Vaters zur pro herede gestio mehrfache Rescripte erlassen worden sind, bezieht sich nur auf die cretio, welche hier eigentlich nöthig war [3]), nichts aber deutet uns darauf hin, daß es einer besonderen kaiserlichen Sanction bedurft hätte, um die pro herede gestio durch einen Anderen als den Berufenen vornehmen lassen zu können. — Noch deutlicher aber sieht man die Zulässigkeit der Procuratoren bei der pro herede gestio aus einer besonders privilegirten Ausnahme. Der procurator Caesaris hatte vor einem gewöhnlichen procurator ein Doppeltes voraus. Er konnte einem servus Caesaris den jussus zur Vornahme der cretio ertheilen, während derselbe eigentlich vom Caesar selbst hätte ausgehen müssen; ferner konnte er (und das interessirt uns hier), wenn der Caesar selbst instituirt, und die Erbschaft eine entschieden vortheilhafte war, auch ohne weiteres Mandat vom Caesar die pro herede gestio vornehmen, und damit den Caesar zum heres machen [4]). Darin liegt doch, so viel ich sehen kann, das offenbare argumentum a contrario, daß die

1) 65. §. 3. ad SC. Trebell. „quomodo absentes per. nuntium".

2) l. 4. C. de jure delib.

3) s. §. 135. Note 14.

4) fr. 1. §. 2. de offic. procur. Caesar. — Est hoc praecipuum in Procuratore Caesaris, quod et ejus jussu servus Caesaris adire hereditatem potest; et si Caesar heres instituatur, miscendo se opulentae hereditati Procurator heredem Caesarem facit.

Digitized by Google

rigen procuratores, denen dies praecipuum fehlt, nur in lge des Auftrages vom Berufenen, dann aber doch entschie- n, sich immisciren können. Um aber hierüber gar keinen weifel zu lassen, hat Justinian als fr. 2. eod. noch eine stelle aus Paulus hinzugefügt, worin gesagt wird, daß für solvente Erbschaften es bei der allgemeinen Regel, welche nen besonderen Auftrag des Berufenen voraussetzt, verbleiben, nd also der Kaiser erst befragt werden müsse [5]).

Ueber den dritten im vorigen §. (unter c) erörterten Punkt, b man nämlich auch ein bedingtes Mandat zur Erbantre- ung dem procurator ertheilen könne, fehlen uns nun freilich lle Aussprüche der Römer. Aber ich darf wohl fragen, ob, er mit der wissenschaftlichen Thätigkeit der klassischen Juristen ertraut ist, irgend daran zweifeln kann, daß sie, wenn man berhaupt an diese Fragen gedacht hat, unbedenklich das aner- annt haben müssen, was sie sich beim Mandat des Vaters an en Sohn und bei der b. p. ganz zum klaren Bewußtsein ge- racht hatten? Ich glaube die Sache selbst spricht kräftig ge- ug für sich, als daß ich noch weiter Worte darüber zu ver- ieren brauchte. —

In der späteren Kaiserzeit ist freilich von der Stellver- tretung bei der Erbschaftsantretung auch nicht weiter die Rede, aber jedenfalls liegt gar nichts vor, daß man glauben könnte, es sei an dem für die formlose her. aditio zur klassischen Juristen- zeit Angenommenen irgend etwas verändert worden. Im Gegen- theil tritt, wie im 3. Kapitel des 3. Buches ausgeführt ist,

---

5) fr. 2. eod. Quodsi ea bona, ex quibus Imperator heres institutus est, solvendo non sint, re perspecta consulitur Imperator; heredis enim instituti in adeundis vel repudiandis hujusmodi hereditatibus voluntas exploranda est. Gerade indem Paulus in diesen Endworten allgemein vom heres spricht, drückt er sehr deutlich aus, daß im Fall der insolventen Erb- schaft der Imperator mit allen übrigen heredes auf gleicher Stufe steht; daß also alle procuratores in Folge speciellen Mandates die pro herede gestio vornehmen können. Averanius a. a. O. §. 41 hat dies ganz verkannt, und erklärt (was nirgends steht, und im Gegen- theil den Worten widerspricht) es auch für ein praecipuum des pro- curator Caesaris, daß er in Folge speciellen Mandates sich immis- ciren könne. Ebenso Mühlenbruch Commentar Bd. 42. S. 405.

Digitized by Google

die cretio immer mehr zurück, also an eine Uebertragung der an ihr klebenden starren Regeln auf die pro herede gestio (worunter damals noch die her. aditio im eng. Sinn begriffen wurde) konnte man unmöglich denken.

So gelangen wir denn auf Justinian, von dem bekanntlich (ohne daß man sich auf die vorhergehenden Zeiten weiter eingelassen hat) heutzutage allgemein angenommen wird, er habe die Uebertragung der an der cretio haftenden Eigenthümlichkeiten auf die formlose her. aditio in der That sanctionirt, derselbe Justinian, der noch besonders durch Verallgemeinerung eines früheren Gesetzes cretionum scrupulosam solennitatem penitus amputirt wissen will [6]), derselbe, der durch Aufnahme der l. 12. C. de jure del. anerkennt, daß in der Agnition der b. p. eine pro herede gestio liege, also mittelbar doch auch, daß man durch Stellvertreter eine pro her. gestio vornehmen könne! Justinian gesteht zu, daß man in allen Erbklassen durch die formlose aditio zur Erbschaft gelangen könne, der formelleren Agnition soll es nicht mehr nothwendig bedürfen, und dies ist ja doch ein Freierwerden des Rechtes, wie es die Zeit forderte; und nun soll er umgekehrt der formlosen her. aditio eine Beschränkung aufgeladen haben, die sie bisher gar nicht gehabt hatte, und die jetzt zugleich bei der Aufhebung der cretio vollkommen widersinnig gewesen wäre. Es ist dies so ganz gegen alle Principien des Justinianeischen Rechtes, welche aus der Behandlung des gesammten Erbrechtes hervorleuchten, daß wir nothwendig sehr gewichtige Gründe haben müßten, um wirklich Justinian den Willen einer solchen Rechtsänderung zuschreiben zu können. Denn natürlich sein entschiedener Wille muß erweislich sein; Stellen, die eine andere Deutung zulassen, oder sich leicht aus einem Versehen, einer Nachlässigkeit der Compilatoren erklären, sind nur schwache Beweismittel [7]).

Es sind nun drei Pandektenfragmente, auf die man jene Ansicht gestützt hat. Daß die erste gar nichts beweist, hebt

6) l. 17. C. de jure delib.

7) Mühlenbruch a. a. O. S. 408 u. ff. gesteht zu, daß die Ausschließung der Stellvertretung bei der her. ad. ganz haltlos in der Compilation dastehe, aber freilich meint er sie doch annehmen zu müssen.

Digitized by Google

chon Mühlenbruch (a. a. O. S. 402.) hervor. Es heißt im r. 54. pr. de acq. rer. dom.: **Homo liber hereditatem nobis acquirere non potest**; aber der Jurist redet von einem Menschen, der einem Andern als Sclave dient, n der That aber frei ist, und hier ist die Entscheidung allerdings ganz richtig. Daß der Jurist und dann auch Justinian sie als eine allgemeine Regel auffassen wolle, ist ganz aus der Luft gegriffen. Die zweite Stelle ist fr. 90. pr. de acq. vel om. her.: **per procuratorem hereditatem acquiri non posse.** Aber die Florentina liest **per curatorem** [7a]), und dies wird sehr dadurch bestätigt, daß die Compilatoren sich wohl diesen ganz formlosen Satz an die vorhergehende Stelle, worin von einem Pupillen die Rede ist, angeknüpft dachten. Wenn nun gleich das Wort **curator** bisweilen im Sinn von **procurator** vorkommt [8]), so kann doch jedenfalls auch der wahre **curator** damit gemeint sein, und für diesen ist auf alle Fälle der Satz ganz richtig, denn kein **curator** konnte allein eine **her. aditio** vornehmen, er mußte wenigstens factisch den Vertretenen (auch z. B. den **furiosus**) mithandeln lassen. Abgesehen davon blieb nur die Agnition der b. p. übrig, und auch dies gar nicht einmal bei allen Curatoren. Die Stelle beweist also, wegen der Verschiedenheit der Lesart, wobei überdies für die: **per curatorem** das Uebergewicht der Gründe spricht, wiederum nichts. — Es bleibt noch die letzte Stelle übrig. Es ist das bekannte fr. 77. de regul. jur., worin unter den **actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem** auch die **her. aditio** aufgezählt, und wobei ausdrücklich noch hervorgehoben wird, daß sie nur **tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt.** Dies ist nun allerdings ein rein positiver Ueberrest der alten **cretio**, denn daß Papinian statt **hereditatis aditio: cretio** geschrieben oder wenigstens nur sie unter jenem Worte verstanden hat, leidet keinen Zweifel. Justinian hätte nun in der That die **her. aditio** (wenn die Stelle nicht in dem Titel **de regulis juris antiqui** über-

7a) Wie leicht konnte sich aus dem vorhergehenden **per** das **pro** von **curatorem** durch Mißverständniß einschleichen. Vgl. fr. 23. §. 3. de her. inst. in Verbindung mit fr. 1. §. 2. de curat. bon. dand.

8) Mühlenbruch a. a. O. S. 401. Note 68.

Digitized by Google

haupt eine historische Notiz sein sollte) besser ganz daraus gestrichen, aber auf jeden Fall können wir nun doch, wenn wir auch annehmen, er habe mit dieser Stelle von der alten Stetigkeit der **cretio** etwas als praktisches Recht auf die formlose **her. aditio** übertragen wollen, diese Uebertragung natürlich nur so weit gelten lassen, als es die Worte mit sich bringen. Von der Stellvertretung bei der Antretung ist nun aber gar nicht die Rede, die Stelle beweist also gegen deren Zulässigkeit durchaus nichts. Sie sagt nur, daß wer eine **her. aditio** vornimmt (sei dies nun der Berufene selbst, sei es ein Stellvertreter), keine Clauseln, auch wenn sie in der Sache selbst liegen, formell aussprechen darf. Mithin schließt sie nicht einmal die bedingten Aufträge zur Antretung aus, sobald nur nicht die Antretungshandlung selbst unter diese Bedingung gestellt wird, was wir ja schon daraus sehen, daß selbst mit der alten **cretio**, die der Sohn vornahm, der Vater *ihm* einen bedingten **jussus** dazu ertheilen konnte. Also *auch diese dritte* Stelle kommt für unsere Frage nicht in Betracht; und überhaupt dürfen wir wohl sagen, daß selbst das, was sie wirklich sagt, keine practische Geltung hat. Die Compilatoren mogten bei der Aufnahme der **her. aditio** an das denken, was in der That ganz richtig ist, nämlich an die Unzulässigkeit einer wahren Bedingung (**fr. 51. §. 2. de acq. vel om. her.**). Der zweite Satz, den die Stelle enthält, daß auch die in der Sache selbst liegenden Bedingungen nicht formell ausgesprochen werden dürften [8a]), wird mit besonderer Beziehung auf die Acceptilation vorgetragen, wobei ihn die Compilatoren vielleicht noch aufrecht erhalten wollten. Daß er nun freilich nach der Fassung der Worte auch auf die formlose **her. aditio** zu beziehen ist, mögen die Compilatoren in der Eile übersehen haben. In Justinians Constitutionen wird so entschieden, wie auch schon in früherer Zeit, jede beliebige Willenserklärung als genügend vorausgesetzt, daß damit eine solche formelle Beschränkung ganz unvereinbar ist. In das Deutsche Rechtsleben ist sie jedenfalls nicht übergegangen.

8a) Ein dahin gehöriges Beispiel wird im §. 171 Nr. 1. vorkommen.

Digitized by Google

Wir können nach dem Bisherigen wohl unbedenklich annehmen, daß auch das Justinianeische Recht der Zulässigkeit der Stellvertretung in keiner Weise entgegensteht. Aber auch angenommen, dies sei der Fall, so müssen wir sie nichtsdestoweniger dem heutigen Recht vindiciren. Duarenus und Averanius [9]) führen an, und dem ist nie widersprochen worden, daß die Praxis einen Auftrag an den Stellvertreter, die Solvenz der Erbschaft genau zu prüfen, und dann anzutreten, zulasse. Also trotz dem, daß man im Römischen Rechte das Entgegengesetzte zu finden meinte, ist man in einem Falle, der eben am leichtesten im Leben vorkommen kann, davon abgewichen. Man sieht daraus, wie sehr das practische Bedürfniß darauf hindrängt, eine Stellvertretung zu gestatten. Nun aber ist dies nur ein einziger Fall, dem viele andere vollkommen gleich stehen, er ist nur der Ausfluß des allgemeinen Rechtsbewußtseins, daß die Unzulässigkeit der Stellvertretung, wenn das Röm. Recht sie enthielte, für uns unpassend wäre. Man hat sich nur bisher nicht darauf eingelassen, wissenschaftlich zu untersuchen, welche andere Fälle vollkommen auf gleicher Stufe stehen. Sollen wir nun jenem einzelnen Fall allein Geltung zusprechen? Jedermann wird das läugnen. Wenn die Praxis das eine Mal einen Stellvertreter für die Antretung zuläßt, so kann sie ihn nicht das andere Mal zurückweisen wollen, sobald nur die entschieden bei uns geltenden Grundsätze über das Erbewerden und das Mandat nicht dadurch verletzt werden. Ist es mir daher gelungen, die aus diesen Grundsätzen für unsere Frage consequent zu ziehenden Folgerungen darzulegen, so muß man auch den ganzen Inhalt des §. 168. für practisches Recht erklären, selbst wenn man mir, wie ich es nicht für wahrscheinlich halte, in Bezug auf das Justinianeische Recht widersprechen wollte.

---

9) Duarenus wird von Averanius citirt, ich kann aber die Stelle nicht angeben, die Letzterer im Auge hat. Averanius a. a. O. §. 59. u. ff. s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 413. der mit Recht Averanius tadelt, daß er, als strenger Vertheidiger der Unzulässigkeit einer Stellvertretung im Römischen Rechte, doch gerade den Fall, welchen die Praxis anerkennt, auch aus dem Römischen R. zu begründen sucht. s. auch §. 177. Note 11.

Digitized by Google

III. Die b. p. als geschlossenes auf den Erbschaftsbesitz gerichtetes System.

§. 170. Nach den bisherigen Untersuchungen bedarf die Frage, welche Theile der **b. p.** noch unter Justinian als ein in sich abgeschlossenes, vom Civilrecht getrenntes, Ganzes bestehen blieben, nur kurzer Andeutungen, indem wir mehr nur das in der voraufgehenden Darstellung hierauf Bezügliche der Uebersichtlichkeit wegen hier zusammenzustellen haben.

1. Es besteht im Justinianeischen Recht für sämmtliche Erbklassen das Recht auf provisorische **Besitzeinweisung**, für die testamentarische die **missio Hadriana**, für die Intestatklassen das **Int. quor. bon.** In dieser Hinsicht sind sie in eine Reihenfolge (**successorium edictum**) geordnet [1]), worein auch das Recht auf die **missio** als eingefügt zu denken ist (§. 162.). Ueber die Erlangung der **missio** gelten die von *Justinian* dafür angeordneten Regeln, die Intestatklassen (auch die der Novelle 118.) haben, um das Interdict geltend machen zu können, in den Prätorischen Agnitionsfristen vor einem Richter den Willen der Erbantretung zu erklären (§. 156.). Eine verfrühte Agnition (**inter alienas vices**) hat nicht die Folge, daß dadurch der voranstehenden Klasse vor Ablauf der ihr zustehenden Frist das Interdict entzogen würde (§. 153. Not. 1).

Die **missio** und das Interdict stehen darin gleich, daß sie Beide auf die **corpora hereditaria** gerichtet sind, die Verhältnisse zu den Gläubigern und Schuldnern werden, wie bei jedem **bonae fidei possessor**, nach l. 12. C. de her. pet. beurtheilt (§. 161. Nro. 2. und §. 151. Nro. 1. u. 2.). Beide Rechtsmittel unterscheiden sich dadurch, daß der testamentarische Erbe die **missio** bei noch besitzlosem Zustande der Erbschaft und gegen eigenmächtige Besitzergreifer geltend machen kann, während das Interdict der Intestaterben nur gegen die Letzteren

1) Isidori Or V. 25. Bonorum possessio est jus possessionis, certo ordine (d. h. nach dem successorium edictum) certoque titulo aquisita. Freilich können diese Worte auch einem älteren Juristen entlehnt sein, denn sie passen auch auf die frühere Zeit. Aber Isidor würde sie nicht ausgewählt haben, wenn sie nicht auch für seine Zeit gepaßt hätten.

Digitized by Google

geht, indem ihnen sonst die eigenmächtige Besitzergreifung überlassen ist (§. 146. Note 5.). Im Uebrigen aber gilt für Beide der Satz, daß wer durch richterlichen Spruch in den Besitz gesetzt ist, nur noch durch die petitorische Erbschaftsklage daraus vertrieben werden kann (§. 147. Note 4.), und für das Interdict sind alle Grundsätze, welche wir im vierten Kapitel des dritten Buchs entwickelt haben, auch im Justinianeischen Rechte bestehen geblieben (§. 156.).

2. Außer diesem für alle ordinären Erbklassen bestehenden Rechte der provisorischen Besitzergreifung giebt es nun im Justinianeischen Rechte noch mehre andere theils näher theils entfernter verwandte Nebeninstitute der **b. p.**, die insgesammt durch den Character der interimistischen Besitzeinweisung zusammengehalten werden. Hieher gehören die **b. p. furiosi** und die ihr gleichstehenden Fälle (§. 166. 167.), die **Carboniana b. p.**, und die **missio ventris nomine** (§. 79. 80.).

Sie unterscheiden sich genau von dem, was in der Justinianeischen Compilation regelmäßig **b. p.** heißt, d. i. von der definitiven **successio ex jure praetorio**, eine wahre Erbantretung ist bei ihnen nicht möglich, es kann also auch nicht daran gedacht werden, daß, wie bei den ordinären Erbklassen, der Erbittung vom Richter sich die einfache **pro herede gestio** oder **her. aditio** substituiren ließe. Vielmehr steht die **missio ventris nomine**, als eine reine Mission, unter den gewöhnlichen Regeln wie man immittirt werden kann, während die **Carboniana**, schon mehr dem Charakter der **b. p.** sich nähernd, auch an deren Agnitionsregeln Theil nimmt, und endlich für die **b. p. furiosi** spricht es Justinian ausdrücklich aus, daß sie der neueren freien Agnitionsform unterworfen sein soll [2]).

Ebenso wie sich diese drei Institute von der definitiven **successio ex jure Praetorio** wesentlich schon nach der Erwerbart unterscheiden, so sind sie nun auch genau von jenem unter Nr. 1. besprochenen interimistischen Besitzesrecht der ordinären Erbklassen zu trennen. Das was man durch die **missio Hadriana** und das **Int. quor. bon.** erlangt, sind nur die **cor-**

---

2) l. 7. §. 3. C. de curat. fur.

Digitized by Google

pora hereditaria, während hier unsere drei Rechtsmittel das ganze Vermögen zum Gegenstande haben.

Endlich aber sind letztere auch keineswegs unter sich gan; gleichartig. Die missio ventris nomine muß eine reine Mi- sion sein, weil es noch ganz an der Person fehlt, welche b. possessor werden kann [3]). Die Carboniana ist ein Gemis von missio und b. p., weil hier die Person, um deren Erb- recht es sich handelt, schon vorhanden ist, aber man noch zwei- felt, ob ihr Erbrecht zustehe. Die Eigenthümlichkeit des Falles bringt es mit sich, daß der Richter hier Jemanden soll für den Erben erklären können, ohne sich auf die Frage, auf die es hauptsächlich ankommt, einzulassen. Aber die Natur der Sache fordert, daß die Präsumtion des vorhandenen Erbrechts nur interimistisch sei. Wieder anders ist es bei der b. p. furiosi, wo eine Präsumtion des vorhandenen Erbrechts gar nicht nöthig ist, indem die berufene Person entschieden existirt, aber es ihr nur an der Fähigkeit der Antretung fehlt. Bis dahin soll denn der curator die custodia der Erbschaft übernehmen.

Zur Zeit der klassischen Juristen waren denn auch die Rechtsmittel des Eingewiesenen verschieden. Für die missio ventris nomine bestand das Interdict ne vis fiat ei qui in poss. Aus dem Carbonianum edictum folgte das Interd. quor. bon. und die fictitiae actiones (die possessoriae acti- ones), und dasselbe müssen auch die Röm. Juristen für die b. p. furiosi, mogten sie ihr nun einen definitiven oder provisi- rischen Charakter beilegen, angenommen haben.

Im Justinianeischen Rechte ist hieran, soweit überhaupt in einen und in den anderen Fällen materielle Verschiedenhei- ten im Klagenschutz vorliegen, nichts verändert worden.

IV. Die b. p. litis ordinandae gratia und decretalis im Justinianeischen Rechte.

§. 171. Es bleiben mir nur noch zwei Punkte übrig, deren Bedeutung im Justinianeischen Rechte zu prüfen ist. Unter sich selbst freilich stehen sie in keiner weiteren Verbindung,

3) Huschke. Richterſche Jahrb. 1839. I. S. 32.

Digitized by Google

)enn daß die **b. p. litis ord. gr.** eine **decretalis** gewesen sei, ſt unwahrſcheinlich [1]).

Die **b. p. litis ordinandae gratia**, deren Bedeutung im §. 122. entwickelt iſt, hat Juſtinian in die Pandekten aufgenommen, und ſie ſcheint alſo damit noch als etwas practiſch Anwendbares feſtgehalten zu ſein. Demgemäß vindicirt ſie auch Thibaut [2]) ſelbſt unſerem heutigen Rechte. Indeß iſt dies ſchon vom Juſtinianeiſchen Standpunkte aus nicht richtig. Wenn Juſtinian im Allgemeinen den ordinären Erbklaſſen ſtatt der Agnition auch jede andere **her. aditio** oder **pro her. gestio** als genügend erlaubt, ſo iſt gar nicht abzuſehen, weßhalb das nicht auch hier der Fall ſein ſollte. Daß die Agnition hier dennoch in der Compilation anerkannt wird, erklärt ſich ebenſo, wie überhaupt ihre Aufnahme bei allen Erbklaſſen. Sie iſt nichts Verbotenes, geradezu Aufgehobenes, aber ſie iſt auch nichts Nothwendiges. Den cognatiſchen Verwandten, welche die Querel anſtellen wollen, iſt ſie zur Begründung und Transmiſſion dieſer Klage nichts unumgänglich Nöthiges, aber man konnte doch unbedenklich die davon handelnden Stellen aus denſelben Gründen in die Compilation aufnehmen, um derentwillen man überhaupt die Agnition als eine der Antretungsarten des definitiven Erbrechts hat fortbeſtehen laſſen. Ja hier noch mehr, da, wie wir aus den Baſilikenſcholiaſten geſehen haben, (§. 155 Note 9) es damals zur Sitte geworden zu ſein ſcheint, jede Querel regelmäßig durch die **b. p. lit. ord. gr.** einzuleiten. Aber die Scholiaſten erkennen nichts deſtoweniger an, daß man auch in anderer Weiſe die Präparation vornehmen könne. Die drei Klaſſen der Deſcendenten, Agnaten und Cognaten ſind ſchon zu Civilrecht erhoben, es bedarf alſo nicht erſt zur Begründung ihres Inteſtaterbrechtes, worauf dann die Querel gebaut würde, der **bonorum possessio**. Jedenfalls aber mußte man dies, wenn es nicht vorher ſchon der Fall geweſen wäre, ſeit der Novelle 118 annehmen. —

Ebenſo wie die **b. p. litis ordin. gr.** zu den antiquirten

---

1) Fabricius nimmt dies an. b. p. S. 184. ſ. dagegen Huſchke in den Richterſchen Jahrb. 1839. S. 32.

2) Pandekten (8. Aufl. §. 971).

Digitized by Google

Instituten gehört, so hat auch die **decretalis b. p.** ihre formelle Eigenthümlichkeit im Justinianeischen Rechte ganz verloren. Es ist oben §. 113. bereits hervorgehoben worden, daß dieselbe im klassischen Juristenrecht von der **causa cognita** ertheilten b. p. genau zu scheiden sei. Niemand wird nun aber bezweifeln, daß in der späteren Kaiserzeit alle **causae cognitiones** bei der Agnition hinweggefallen sind, und wenn in den Quellen noch davon die Rede ist, dies nur soviel heißt, der Richter habe in dem nachfolgenden Proceß den fraglichen Punkt zu untersuchen. Die Stellung der Richter war eine andere geworden, es bestand nicht mehr jenes selbständige Eingreifen des Prätors, wonach er auch ohne einen bereits begonnenen Proceß die **bonorum possessiones** handhabte. Dies war denn aber auch ebenfalls der Grund, daß die äußere Verschiedenheit der **decretalis b. p.**, der **edictalis** gegenüber, verschwand [3]. Der Richter hatte damals nicht mehr die Stellung, daß er aus dem Geiste der Rechtsregeln ein Erbrecht *nach eigenem* Ermessen hätte bewilligen können, wie das früher der Prätor that (s. §. 113. Note 3.). Es kam also jetzt nur noch darauf an, ob in den geltenden Rechtsquellen dasselbe anerkannt war, und in diesem Falle (z. B. **fr. 14. §. 1. de b. p. c. t.**) [4] stand denn auch nichts entgegen, das Erbrecht in gewöhnlicher Weise zu erwerben. — Ebenso konnte auch bei der anderen Art von **decretales bonorum possessiones** (d. h. denen, welche einer besonderen Interposition des Prätorischen Imperium trotz ihrer Aufstellung im Edicte bedurften) ihre frühere Gestalt, die sie zur klassischen Juristenzeit hatte, nicht mehr festgehalten werden. Der Richter war gar nicht mehr in der Lage, daß man von seinem **imperium** noch etwas Besonderes hätte abhängen lassen können.

Ich behaupte hiermit nicht, daß zu Justinians *Zeit* alle Fälle, welche früher **decretales** waren, ganz der richterlichen

---

3) Unter die Zahl der Fälle, wo die b. p. früher **decretalis** war, hat Fabricius viele aufgenommen, von denen dies durchaus unerweislich ist (b. p. S. 162. ff.), was von Huschke (Richtersche Jahrb. 1839. S. 27. ff.) berichtigt worden ist. s. auch v. Löhr. Magazin II. S. 437.

4) Andere Stellen s. bei v. Löhr a. a. O. unter Nro. I.

Digitized by Google

Cognition und Entscheidung entzogen worden wären, und daher unter den gewöhnlichen Regeln der bloßen Erklärung vor einem Richter, die dann auch durch **pro herede gestio** oder **her. ad.** ersetzt werden könnte, ständen. Allerdings giebt es noch immer Fälle, wo die Erlangung der **b. p.** noch wirklich richterliche Verleihung voraussetzt, der eine Untersuchung vorausgehen konnte, aber dies ruht jetzt auf ganz anderen Gründen als früher, und ein Fortbestehen der alten **decretalis** ist also doch nicht darin zu finden. Wir müssen nämlich hier folgende zwei Punkte unterscheiden:

1. In den Fällen, wo Ungewißheiten über die Erbfolge vorhanden waren, weil noch ein **postumus** erwartet wurde [5]), oder über den **status** des Verstorbenen Zweifel bestehen [6]), interponirte der Prätor selbst schon im Voraus ein **decretum**, damit bestimmte Personen durch den vor Entscheidung der Ungewißheit erfolgten Tod nicht ihres Erbrechts verlustig gingen. Es kann wohl kein Zweifel sein, daß in diesen Fällen nach Justinianeischem Rechte der Interessirte schon im Voraus die gewöhnliche Agnition oder **her. aditio** vornehmen konnte, obgleich diese noch von einer in der Sache selbst liegenden Bedingung, die auch gar nicht einmal besonders ausgesprochen zu werden brauchte, abhängig war. Eine besondere Untersuchung und Entscheidung des Richters bei dieser Antretung lag gar nicht mehr in seinen Befugnissen, während er allerdings nachher, wenn ein Proceß entstand, über die Gültigkeit der Antretung entscheiden konnte.

2. In anderen Fällen ist dagegen auch noch im Justinianeischen Rechte eine richterliche Entscheidung bei Erlangung der **b. p.** denkbar und nöthig. Ebenso wie nämlich die **missio ventris nomine** diese offenbar voraussetzt, so fordert das Wesen der **Carboniana b. p.** sie gleichfalls. Aber sie ist hier doch Nichts als der Ausspruch des Richters über die ihm obliegenden **causae cognitiones**. Es ist nun oben entwickelt worden, daß um dieser willen die **Carboniana** wahrlich keine **decretalis** war (§. 80.), und zugleich ist auch leicht einzusehen, daß die

5) fr. 84. de acq. vel om. her. fr. 4. §. 3. de b. p. c. t. s. oben §. 76.

6) fr. 1. §. 1. ad SC. Tertull.

Digitized by

wahren Gründe, aus denen ſich das **decretum** erklärt, im Juſtinianeiſche Recht nicht mehr paſſen, ebenſo wenig wie [illegible] noch der frühere Unterſchied zwiſchen den **missiones in bo[illegible] edictales** und **decretales** (§. 113. Note 3. am Ende) bei[illegible] Daß Juſtinian dies ſehr deutlich durchſchaut hat, ſehen [illegible] aus der einzigen Stelle, worin er Gelegenheit findet von die[illegible] Frage zu ſprechen, nämlich bei der **b. p. furiosi.** Dieſe nah[illegible] men die Juriſten, welche die von Juſtinian gebilligte Ans[illegible] hatten, deßhalb als eine **decretalis** an, weil es ſich hier [illegible] ein **jus singulare** für eine antretungsunfähige Perſon handele, wobei der Prätor noch beſonders ſein **imperium** zu interponiren habe. Juſtinian aber erklärte mit Recht, obgleich er die Sache billigte, die äußere Form der **decretalis b. p.** für aufgehoben.

Außer der **Carboniana** haben wir nur noch einen Fall, wobei zur Erlangung der **b. p.** richterliche Entſcheidung nöthig iſt, nämlich bei der ſog. **transmissio ex capite *in integrum* restitutionis** [7]), aber hier liegt gar keine wahre **decretalis b. p.** vor, wie Huſchke a. a. O. S. 32. mit Recht bemerkt, ſondern es wird nur nach ausgeſprochener Reſtitution den Erben das **commodum** der Erbſchaft, die nicht angetreten war, zugeſprochen [8]).

---

7) fr. 86. pr. de acq. vel om. her. fr. 5. de b. p. c. t. fr. 42. §. 3. de bon. libert. fr. 3. §. 30. de SC. Silan.

8) Etwas Aehnliches iſt, daß der Fideicommiſſar aus der Perſon des Fiduciars eine Reſtitution der Agnitionszeit der b. p., exhibendi fideicommissi gratia, verlangen kann. fr. 63. §. 14. ad SC. Trebell.

Digitized by Google

Fünftes Buch.

Die Reception der bon. poss. und das heutige Recht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§. 172. In den voraufgehenden vier Büchern sind die Gestaltungen, welche die **bon. poss.** bei den Römern gewonnen hat, vollständig dargestellt. Es bleibt uns als letzte Aufgabe die Untersuchung der Zeiten, in denen das Studium und die Anwendung des Römischen Rechtes wieder auflebte, und allmählig auch nach Deutschland übertragen wurde. Dadurch werden wir in den Stand gesetzt werden, das heutzutage geltende Recht, als das Endresultat des gesammten Werkes, mit Sicherheit festzustellen.

Es ist hier nicht der Ort, die Gründe anzugeben, aus denen überhaupt das Römische Recht zu einem in Deutschland practisch anwendbaren geworden, und den Gewinn klar zu machen, der uns aus dieser Aufnahme eines großen Complexes wissenschaftlich ausgebildeter Institute erwachsen ist [1]). Wohl aber muß hier kurz hervorgehoben werden, welche Nachtheile mit dieser Reception verknüpft gewesen sind, welche Fehler man bei der Handhabung des Römischen Rechtes sich hat zu Schulden kommen lassen.

Daß durch das Auftreten des Römischen Rechtes die Pflege und Anwendung des Deutschen eine lange Zeit über die Gebühr zurückgedrängt worden, ist eine bekannte Sache. Man hat nicht bloß Römisches Recht auf Verhältnisse übertragen, für die es gar nicht paßte, man hat auch da, wo in der That Römisches Recht ganz wohl zur Anwendung geeignet war, doch unterlassen, es mit den daneben stehenden Deut-

1) S. meine Schrift: über die Entwicklung eines positiven gemeinen Rechts in der Menschheit. Basel. 1846.

Digitized by Google

schen Rechtsansichten gehörig zu verarbeiten, so daß der Begriff eines einheitlichen Deutschen Rechtes, das, sei es nun aus Römischer oder Deutscher Quelle hervorgegangen, doch immer ein einziges organisch gegliedertes Ganzes ausmachen muß, nicht verloren ging. — Es läßt sich erklären, wie dies gekommen ist. Das Römische Recht ist in so trauriger äußerer Gestalt auf uns gelangt, daß es des Studiums von Jahrhunderten bedurfte, um den Inhalt und Geist desselben überschauen, und mit bewußter Selbständigkeit beurtheilen zu können, was davon noch für uns brauchbar sei. Aber eben dies Jahrhunderte lang fortgesetzte gelehrte Studium wirkte nur leider zu sehr auf das practische Rechtsleben ein. Das Recht, welches man anwandte, war ein dem Volke entfremdetes, und das im Volke daneben in der That noch lebende Recht wurde von den Juristen nicht so, wie geschehen sollte, angewandt. So ist denn der Rechtszustand, der sich in Deutschland seit dem Eindringen des Römischen Rechtes gestaltete, wahrlich kein lobenswerther gewesen. Freilich ist der Wunsch ein verkehrter, daß wir das Römische Recht überhaupt nicht hätten aufnehmen sollen, wohl aber ists vollständig begründet zu sagen, daß unsere Vorfahren das aufgenommene Römische Recht weit besser hätten handhaben können, als geschehen ist [2]).

Hieraus erklärt sich von selbst nun auch Folgendes. Wenn man nicht einmal das bestehende Recht richtig zu fassen und zu handhaben verstand, so ist noch viel weniger daran zu denken, daß die vor uns liegenden Jahrhunderte zu einer wohlüberlegten und tief genug eingreifenden Fortbildung der von den Römern recipirten Rechtsinstitute die Kraft gehabt hätten. Die Fortbildung des Rechts geschieht durch Gesetz, Gewohnheitsrecht und durch die Wissenschaft. Es würde eine große Kurzsichtigkeit verrathen, wenn man meinen wollte, daß die Römischen Juristen, so viele Rechtsinstitute sie auch vortrefflich ausgebaut haben, überhaupt fertig geworden wären, und daß sie nicht späteren Männern von wissenschaftlicher Kraft große Gebiete der Thätigkeit hinterlassen hätten [3]). Die Deutschen Juristen

2) s. die in Note 1. angef. Schrift S. 18. ff.

3) Ein verhältnißmäßig geringes Beispiel unter vielen ist die oben behandelte Frage von der Erbantretung durch Stellvertreter.

Digitized by G

er, von zu viel Ehrfurcht vor den Römern erfüllt, und zu enig vom Geiste der Römischen Juristen beseelt, wagten sich lten auf ein solches Feld. Ebensowenig war man in Fragen, o die Fortbildung des Rechtes nicht mehr durch die wissen- haftliche Autorität der Juristen sondern nur durch die Gesetz- ebung möglich ist, darauf bedacht vorwärts zu schreiten. Leh- en, wie das Notherbenrecht in seiner Justinianeischen Gestal- ung, bedürfen doch dringend genug der Umbildung, aber die Deutsche Reichsgewalt war nicht im Stande, ein ganz Deutsch- and umfassendes besseres und einfacheres Gesetz zu geben. So onnte denn höchstens durch einzelne particulare Gesetze geho- en werden, aber der Vortheil der einheitlichen Fortbildung des n Deutschland geltenden Rechtes ging verloren.

Hoffen und streben wir, daß es bald und gründlich an- ers werde, daß wir wieder eine gesetzgebende Autorität erlan- gen, die eine lebendige, auf ganz Deutschland gemeinsam sich erstreckende Thätigkeit unserem Rechtswesen zuwende, die da theils bestehendes Recht (sei es national-deutschen Ursprungs oder von den Römern entlehnt) zur leichteren practischen An- wendung sammle, theils aber umgestaltend eingreife, wo das Recht der Fortbildung bedarf. Hoffen und streben wir aber auch, daß frischer wissenschaftlicher Geist uns innewohne, um unserm Rechte fortwährend das Leben und die Kraft der Prin- cipien einzuflößen, wie dies einst die Römischen Juristen in ihrem damaligen Rechtszustande verstanden haben. —

Diese Vorbemerkungen werden genügen, um uns auf den Standpunkt zu stellen, dessen wir für die folgenden Untersu- chungen bedürfen. Wir haben uns die gelehrten Studien zu vergegenwärtigen, welche man auf diese Lehre der **bon. poss.** gerichtet hat, und müssen untersuchen, wie sich diesen gegen- über das practische Rechtsleben verhielt. Es wird sich zeigen, daß in unserer Lehre die Theorie meistentheils so völlig entfernt von der Wirklichkeit sich bewegte, daß es in vielen Punkten gar nicht möglich war, auch wenn die Juristen danach strebten, eine Anwendung in der Praxis durchzuführen. — Wir haben ferner unser Augenmerk darauf zu richten, ob das Römische Recht durch neuere Rechtsgestaltungen umgebildet worden ist, und in dieser Hinsicht haben wir, da die Thätigkeit der Gesetzgeber hier sich

Digitized by Google

vergeblich suchen läßt, hauptsächlich dem aus dem practischen Bedürfniß von selbst sich entwickelnden Gewohnheitsrechte nachzuforschen.

Hiemit werden wir uns, da wir das System der b. p. unmöglich von den nahe liegenden Lehren der hereditas ablösen können, überhaupt ein Bild entwerfen, in welcher Weise die Hauptprincipien des Römischen Erbrechtes in neueren Zeiten und namentlich in Deutschland gemeinrechtliche Geltung erlangt haben. Freilich liegen diese Resultate des gemeinen Rechts schon theilweise wieder im Gebiete der Vergangenheit, indem bekanntlich große Theile Deutschlands sich durch besondere Gesetzgebungen aus dem Gebiete des gemeinen Rechts abgelöst haben, und es ist vorauszusehen, daß mit der Zeit die Länder des gemeinen Rechts überhaupt verschwinden werden. Nichtsdestoweniger werden wir in diesem Werke zu einem allgemeingültigen, nämlich negativen Endresultat gelangen. Die bon. poss. ist, wie wir sehen werden, nicht bloß erst in den neueren Gesetzgebungen, sondern auch schon im gemeinen Rechte ein unpractisches Institut geworden, sie erstreckt ihre Wirkungen nur noch mittelbar in die Gegenwart hinein. Ihr Leben ist bereits beendigt, und wird mithin, welcherlei Fortentwicklungen unseres Rechts nun auch vor uns liegen, davon jedenfalls nicht mehr afficirt. Die ganze Lehre ist für uns wichtig und muß von uns studirt werden wegen der großen Rolle, die sie einst im Erbrecht gespielt hat, wegen des Zusammenhanges, in dem sie mit andern noch heutzutage geltenden Instituten einst gestanden hat, und endlich wegen der aus ihr selbst hervorgegangenen in der Gegenwart bestehenden Rechtsinstitute. —

Es bedarf aber, um zu dem angedeuteten negativen Resultate zu gelangen, in dieser Einleitung nothwendig noch der genaueren Feststellung der Principien, nach denen wir es zu beurtheilen haben, in welcher Weise dem Römischen Rechte und dessen einzelnen Instituten bei uns eine gemeinrechtliche Geltung zu Theil geworden ist. Man wird aus dem Verlauf der Darstellung ersehen, daß ich diese allgemeinere Entwickelung von der Geltung des Römischen Rechtes nicht entbehren

Digitized by Google

ann [4]), indem in dieser Hinsicht keineswegs eine solche Ueber-
instimmung der Ansichten besteht, daß ich sie als etwas all-
gemein Bekanntes und Feststehendes vorauszusetzen vermögte.
Umgekehrt aber kann ich auch nicht unterlassen zu bemerken,
daß in der so vielfach besprochenen Frage von der Geltung des
Römischen Rechtes unsere Literatur sich viel zu sehr mit solchen
bloß allgemein gehaltenen Ausführungen, wie ich sie hier vor-
ausstellen will, begnügt hat. Es muß die Geltung aller ein-
zelnen Institute, sowohl der Römischen als auch dem gegen-
über der deutschrechtlichen, genau untersucht werden, wenn wir
den Gesammtcomplex des gemeinen Rechtes, auf dem doch auch
die neueren Gesetzgebungen ruhen, und an den sich immer alle
weitere einheitliche Fortbildung unseres Rechtes anknüpfen wird,
vollkommen durchschauen wollen. Erst aus der Durchführung
in den einzelnen Instituten läßt sich ersehen, ob die aufgestell-
ten allgemeinen Principien die richtigen sind, und es läßt sich
leicht nachweisen, daß viele Sätze, die wir bei neueren Schrift-
stellern lesen, für das eine Institut, an das man gerade dachte,
richtig, für ein anderes, an das man nicht dachte, unrichtig
sind, daß sie mithin in absoluter Allgemeinheit ausgesprochen als
halbwahr d. h. als falsch erscheinen. Viel hat dabei auch eine
gewisse unbestimmte Vorliebe mitgewirkt, die man von verschie-
denen Seiten her entweder zu einem Römischen oder umgekehrt
einem national Deutschen Institute mitbrachte. Und so ist es
leider gekommen, daß unsere Juristen sich gleichsam in zwei
Feldlager getheilt haben, und oft als Eroberer erscheinen, von
denen die Einen dem Deutschen, die Anderen dem Römischen
Rechte immer mehr Terrain unterwerfen mögten. Es ist die
äußere Scheidung, die sich aus einer natürlichen Theilung der
Arbeit und gewissen Vortheilen für die Erlernung des Rechts
erklärt, zu einer inneren Entfremdung geworden. Als wenn
wir nicht allesammt Deutsche Juristen wären, verpflichtet,
lediglich das, was in dem Deutschen Rechtsbewußtsein wahr-
haft besteht (sei es nun Deutschen oder Römischen Ursprungs),

4) Es wird unten sich zeigen, daß die falschen Ansichten über die Gel-
tung der b. p. hauptsächlich auf allgemeinen Irrthümern über die
Geltung des R. R. beruhen.

Digitized by Google

als geltendes Recht anzuerkennen, und unter sich zu einem wohlgefügten Organismus zu verarbeiten [5])!

Einen großen Theil der Schuld tragen hiebei allerdings manche Bearbeiter des Römischen Rechts. Man hat vielfach Römische Institute (und dahin gehört auch die **bon. poss.**) in Compendien und Abhandlungen ein Scheinleben fortführen lassen, welches das deutsche Rechtsleben nie anerkannt hat, und worunter so leicht das wirklich vorhandene Deutsche Recht ganz unerkannt vergraben wird. Der Hauptgrund davon liegt darin, daß man die Geschichte Römischer Rechtsinstitute seit Justinian keineswegs von dem Standpunkte auffaßt, der ihr gebührt. Es giebt Viele, die sie ganz vernachlässigen, die da meinen, wenn nur ein Rechtssatz bis Justinian hingeführt wäre, wenn sich nur der kaiserliche Wille für die Geltung irgend einer Bestimmung nachweisen lasse, so sei damit dem Studium Genüge geleistet, und jedes Resultat eines solchen Studiums, ein etwa durch neue Interpretation einer Coder- oder *Novellenstelle* ganz umgestalteter Rechtssatz habe sogleich auf Anwendung in der Praxis Anspruch.

Wer so das Römische Recht handhabt, verfällt dem alten Irrthum, das **Corpus juris** als Gesetzbuch, Justinian als unseren Gesetzgeber anzusehen, ein Irrthum, der, so Viele ihn auch getheilt haben, dennoch dadurch nie zur Wahrheit geworden ist. Das Römische Recht ist bei uns Gewohnheitsrecht, es gilt nur soweit unser Rechtsleben die Institute des **Corpus juris** recipirt und in eigenen Nutzen verwandt hat.

Es giebt freilich Manche, die den ersten Theil dieses Satzes zugestehen, aber wenn sie auch die Geltung des R. R. auf Gewohnheitsrecht stützen, dennoch ungefähr auf dasselbe Resultat kommen, als Jene, die, weil sie einmal ohne Gesetzbuch nicht leben zu können meinten, im **Corpus juris** einstweilen ihr Bedürfniß befriedigt sahen. Man findet vielfach in neueren Schriften den Ausdruck, das R. R. sei bei uns Gewohnheitsrecht, aber es sei „als ein Ganzes“ recipirt, und eben daher habe ein neuer Rechtssatz, der sich im **Corp. jur.** nach-

5) s. d. Note 1. cit. Schrift. S. 25. ff.

Digitized by Google

eiſen laſſe, auch wenn er bisher noch nicht angewandt ſei, ennoch vollen Anſpruch auf Geltung.

Ich habe immer, wo ich dieſen Ausdruck gebraucht ſah, ine genaue Erklärung vermißt, was man darunter verſtanden iſſen wolle. Es giebt ſogar Schriftſteller, denen man ziemlich enau nachweiſen kann, daß ſie auch nicht einmal ſich ſelbſt ierüber genügend klar geworden ſind. Ich kann daher nicht mhin, in möglichſter Kürze hier anzudeuten, wie man ihn, um ie Wahrheit der Sache zu treffen, zu verſtehen habe.

Es ſoll durch den Ausdruck jedenfalls das Extrem ausgeſchloſen werden, daß wir nicht bloß einzelne Sätze des R. R. und war dieſe als lauter Specialitäten in unſer Rechtsleben überragen haben. Es iſt klar, daß die Geltung des R. R. als emeines Recht nicht ſo aufzufaſſen ſei, als wenn man z. B. etzt von Frankreich ſagt, es gelte dort nach dem Code Napoeon noch viel Römiſches Recht. Die Römiſchen Sätze gelten ort allerdings, aber in dem Zuſammenhang, in der Geſtalt, ie ihnen der Code gegeben hat, ihr Geltungsgrund kann gar icht mehr darauf zurückgeführt werden, daß ſie ein Theil des Juſtinianeiſchen Rechts ſind. In Deutſchland dagegen erſcheint ach dem Rechtszuſtande des gemeinen Rechts das Aufgenommenſein eines Satzes in das **Corpus juris** als Grund für ſeine Geltung in der Praxis, und man ſagt daher, um dies auszudrücken, mit Fug, das R. R. ſei als ein im **Corp. jur.** zuſammengefaßtes Ganzes recipirt.

Von der anderen Seite dient der Ausdruck auch noch dazu, um das entgegengeſetzte Extrem abzuſchneiden. Wir haben nicht alle Sätze des R. R., welche wir kennen, angenommen. Wer z. B. im Interdictenverfahren zur Zeit des **ordo judiciorum** eine Summarietät finden will, hat damit noch Nichts für das heutige Recht bewieſen. Es gilt bei uns weder das Vorjuſtinianeiſche noch das ſpäter im Griechiſchen Kaiſerreich Beſtimmte, es gilt das Römiſche Recht als ein von Juſtinian zuſammengefaßtes Ganzes.

Aber damit iſt die Sache noch nicht erklärt, denn Niemand wird behaupten wollen, daß Alles gilt, was im **Corp. jur.** ſteht. Man muß alſo noch andere Momente herzuziehen. Man ſagt deßhalb, das R. R. gelte ſo, wie das Canoniſche

Digitized by Google

Recht, (das vielfach nur Germaniſche Rechtsanſichten aussprich und die Gloſſatoren es anerkannten. Aber das Canon Recht zählt nicht Alles auf, was vom R. R. practiſch o unpractiſch ſein ſollte, wir wiſſen alſo damit doch noch n das geltende R. R.; und von der anderen Seite iſt der S **quod non agnoscit glossa, nec agnoscit curia**, auf d man ſich rückſichtlich der Bedeutung der Gloſſe beruft, wie nur negativ: es gilt nicht, was die Gloſſe ſchon für unpra tiſch hielt, aber es gilt keineswegs Alles, was man d gloſſirte. Und woher ſollte es auch kommen, daß wir hier der traurigen Stabilität huldigten, daß wir das Weſen des Rech tes nicht auch hier wieder erkennen ſollten, wonach die Rech inſtitute im Lauf der Jahrhunderte, nach dem Bedürfniſſe d Lebens, ſei es durch Geſetzgebung ſei es durch Gewohnheitsrech ſich fortbilden, Altes abſtreifend, Neues anſetzend, und dadurch gerade ihre ſtete Friſche bewahrend? Dies, was wir *allenthalben* finden, ſollte es nicht auch für die Rechtsinſtitute *gelten*, welche wir von den Römern kennen gelernt, und als paſſende in unſeren Beſitz herübergezogen haben?

Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen, um den Satz zu beweiſen, daß wir, um die practiſche Geltung eines Römiſchen Rechtsinſtitutes zu rechtfertigen, uns wahrlich nicht bloß auf deſſen Aufnahme ins **Corpus juris** berufen dürfen, daß wir es durch den ganzen Lauf der Jahrhunderte zu verfolgen, und zu unterſuchen haben, ob die ſchaffende Kraft dieſer Jahrhunderte (welche dieſen, wenn ſie gleich bedeutender hätte ſein können, doch wahrlich nicht ganz abzuſprechen iſt) modificirend eingewirkt hat oder nicht.

Aber die eigentliche Schwierigkeit iſt auch hiermit noch nicht gelöſt. Wenn wir einen Rechtsſatz im **Corp. juris** finden, wenn wir im Allgemeinen ſehen, daß die Gloſſatoren ihn nicht für unpractiſch gehalten haben, wenden wir ihn dann ſo lange an, bis uns im Gegentheil bewieſen wird, daß das Deutſche Rechtsleben ihn modificirt oder aufgehoben habe? — oder aber wenden wir einen Satz des **Corp. juris** nur dann an, wenn wir ſelbſt vorher beweiſen können, daß ihn das Deutſche Rechtsleben ſtets befolgt und anerkannt habe; m. a.

Digitized by Google

. ſpricht die Präſumtion für die Anwendung des
ömiſch-Juſtinianeiſchen Rechts oder nicht?

Das iſt die eigentliche Cardinalfrage, von deren Beant-
ortung das Endreſultat in ſo vielen Lehren, und auch in der
iſrigen abhängt. Wir müſſen ſie ſcharf ins Auge faſſen, und
her zu beantworten ſuchen.

§. 173. Bei der Frage, ob das Juſtinianeiſche Recht
e Präſumtion für ſich habe, benutzt man zur Bejahung der-
lben den bekannten Satz, daß der, welcher ſich darauf berufe,
ndatam intentionem habe. Es ſcheint mir aber beim Ge-
rauche dieſes Satzes zweierlei, was genau zu unterſcheiden
t, ſehr häufig verwechſelt zu ſein. Die Frage, ob ein In-
itut des Römiſchen Rechtes practiſch anwendbar ſei, theilt
ch offenbar in zweie: ob daſſelbe zu dem großen Complexe
er Rechtslehren gehöre, welche die neuere Zeit überhaupt reci-
irt hat, während ſo viele andere Lehren, wie die Stipulation,
ie Pönalklagen, die Eigenthümlichkeiten der **stricti jur. obl.**,
ie Infamie, von vorn herein dem Deutſchen Rechtsleben
remd geblieben ſind. Sobald von einer Lehre dies zu bejahen
ſt, ſo fragt ſich weiter, ob ſie nun auch an jedem einzelnen
Orte Deutſchlands vom Richter anzuwenden ſei. Beide Fragen
gehören vor ganz verſchiedene **fora**, ſie werden nach ganz ver-
ſchiedenen Regeln beantwortet.

Die letztere Frage wird damit erledigt, daß das Römiſche
Recht gemeines Recht ſei, d. h. wer ſich darauf beruft, braucht
deſſen Gültigkeit an einem beſtimmten Orte im Proceß nicht
weiter darzuthun, ſondern es wird befolgt, bis vom Gegner
ein entgegenſtehendes Particularrecht bewieſen wird [1]), und eben
dies drückt man lateiniſch ſo aus, er habe **fundata intentio**.
Dieſer Satz iſt alſo nichts als eine Umſchreibung und Erklä-
rung deſſen, was man unter dem Ausdruck gemeines Recht
verſteht. Aber mit dem Satz beweiſen wollen, welche Lehren zum
Complexe des gemeinen Rechtes gehören, und namentlich welche
Lehren des Römiſchen Rechtes, wäre offenbar die gröbſte **petitio
principii**. Man hat freilich häufig dieſe Frage damit erledi-

1) Dies kann auch natürlich durch Berufung auf Notorietät geſchehen.

Digitized by

gen wollen, daß man ſagte, das Römiſche Recht ſei gemeines das national Deutſche Recht ſei particuläres Recht. Aber beide Theile dieſer Antwort ſind gleich mangelhaft, und man ſieht neuerdings vollkommen ein, daß man ſich mit ihr nicht begnügen kann. Der zweite Theil des Satzes iſt falſch. Denn es kann Niemand läugnen, daß es vieles eigenthümlich Deutſches Recht giebt, wie z. B. Erbverträge, die Auflöſung der natürlichen Gewalt durch **separata oeconomia** und Heirath der Tochter, die Klagbarkeit der **nuda pacta** u. ſ. w., welche gerade ſo gemeines Recht ſind, als das Römiſche [2]). Alſo es giebt auch Deutſches Recht, wobei der ſich darauf Berufende **fundata intentio** hat. Ebenſo iſt aber auch die erſte Hälfte jenes Satzes gleich unrichtig. Nicht alles Juſtinianeiſche Recht iſt gemeines Recht. Es giebt von der einen Seite bekanntlich ſehr viele Inſtitute, die nie in Deutſchland recipirt ſind, es giebt von der anderen Seite mancherlei Sätze des R. R., die durchaus auf keine gemeinrechtliche Geltung Anſpruch machen können, obgleich ſie freilich als Particularrecht in manchen Diſtricten beſtehen [3]).

---

2) Wenn z. B. Wilda in der Zeitſchr. f. d. R. II. Bd. ausführt, daß anſtatt der Römiſchen Grundſätze über das Spiel, die die Compendien mit ſich führen, von jeher eigenthümlich deutſche Regeln in Geltung geweſen ſind, ſo iſt doch kein Zweifel, daß wenn man überhaupt die Anſicht für wiſſenſchaftlich richtig hält, das deutſche Recht nun gerade dieſelbe gemeine Geltung hat, welche man bisher dem Römiſchen Rechtsſatze beilegte. Es iſt eben nur eine ſolche Veränderung, als wenn man aus den Quellen des Römiſchen Rechtes eine andere Anſicht beweiſt, als die bisher herrſchend war.

3) Ich glaube man hat auf dieſen Punkt bisher viel zu wenig Gewicht gelegt. Ich will nur ein Paar Beiſpiele anführen, welche das genauere Studium mancher Lehren ſehr vermehren würde. Die Röm. Emphyteuſe iſt durchaus nicht für ein gemeinrechtlich gültiges Inſtitut zu halten, wie Puchta mit Recht behauptet (Pand. §. 174.), während ſie particularrechtlich allerdings beſteht. Die don. propt. nupt. iſt ebenfalls gemeinrechtlich nicht vorhanden, und wenn Fein (Collation S. 263. Note 157.) behauptet, ſie gelte in Braunſchweig, ſo kann das eben nur als Particularrecht aufgefaßt werden. Ein gleiches läßt ſich vielleicht von dem Satze **nemo pro parte testatus etc.** erweiſen. — Und wie kann uns überhaupt dies Wunder nehmen? Wenn ganz Deutſchland durch Gewohnheitsrecht einen

Digitized by Google

Wie und von wem wird nun, das ist die Frage, der Beweis geliefert, welche einzelnen Lehren, sei es des Deutschen Rechts sei es des Römischen, zu der Gesammtheit des in Deutschland gültigen gemeinen Rechts zu zählen seien? Ein besonderer Beweis ist hier offenbar zu liefern, eine Präsumtion kann weder für das Deutsche noch das Römische Recht gefunden werden. Jener Satz von der **fundata intentio** enthält sie, wie wir gesehen haben, jedenfalls nicht, und alle die Versuche, die man sonst gemacht diese Präsumtion zu finden, sind nichts als verschleierte **petitiones principii.** Man beweist, daß das Röm. Recht als gemeines kaiserliches Recht, und zwar als ein Ganzes recipirt sei. Daß es als gemeines kais. Recht recipirt sei, läßt sich allerdings beweisen, und auch, daß es als ein Ganzes aufgenommen sei, sofern man diese Worte recht versteht. Das aber, was man darunter verstehen müßte, wenn man jene Präsumtion daraus ableiten wollte, wird nie bewiesen werden können. Das **Corpus juris** ist nie als Gesetzbuch in Deutschland publicirt worden; wäre diese Publication in irgend einem Reichsgesetz zu finden (was aber gar nicht der Fall ist), so wäre sie doch immer als nicht in Geltung getretenes Gesetz anzusehen, denn die Reception in den einzelnen deutschen Ländern ist dann doch zu sehr verschiedenen Zeiten und immer aus ganz anderen eigentlich entscheidenden Gründen erfolgt. Das **Corp. jur.** ist auch niemals, was Jedermann zugeben muß, durch Gewohnheit in allen seinen Theilen angenommen, was bleibt also übrig, als daß wir, da es feststeht, daß nicht alle Theile gelten, nun eben die Theile erforschen, welche wirklich Geltung haben sollen?

Es kann nicht zweifelhaft sein, wem diese Erforschung, dieser Beweis, was vom **Corp. jur.** gemeines Recht sei, obliegt. Die Theorie hat das **jus finitum** hinzustellen, das Recht, welches im einzelnen Fall anzuwenden ist, die Parteien im Proceß sollen sich soviel wie möglich nur auf den Beweis der Thatsachen, nicht der Rechtssätze einzulassen brauchen. So

---

gewissen großen Complex von Römischen Rechtsinstituten recipirt, ist es denn so unbegreiflich, daß wir in einem einzelnen Districte Deutschlands außer jenem großen Complexe noch einzelne Römische Institute überher recipirt finden?

Digitized by

wie sogar das Bestehen der particulären Rechte von der Wissenschaft so weit möglich festgestellt werden soll, so hat sie um so viel mehr den Beruf und die Pflicht, das gemeine Recht, dessen Erkenntnißquellen ihr so leicht zugänglich sind, vollständig zusammenzuordnen. Es ist doch eine sehr einfache Schlußfolgerung, daß, da die Wissenschaft bei jedem vorzutragenden Rechtssatze seine Entstehungsquelle, als Legitimation seiner Anwendbarkeit, zu prüfen hat, sie auch bei jedem Punkt, den sie als gemeines Röm. Recht vorträgt, diese Thätigkeit nie außer Acht lassen darf. Wenn sie nun aber zugiebt, daß das Röm. R. nicht publicirtes Gesetz, sondern Gewohnheitsrecht ist, und daß nicht alle Theile des Corp. jur. Gewohnheitsrecht sind, so muß offenbar bei jedem einzelnen Theile, den wir anwenden wollen, seine gewohnheitsrechtliche gemeine Geltung bewiesen werden.

Dies Princip wird bei der folgenden Darstellung der b. p. streng festgehalten werden, und es wird schon hier einleuchten, welchen Werth wir den Aussagen gar vieler Schriftsteller in unserer Lehre beizulegen haben, welche eine wo möglich allgemeine Anwendbarkeit derselben behaupten, aber mit nichts beweisen, als eben mit der allgemeinen Präsumtion, daß alles im Corp. Jur. Enthaltene practisch sei, sobald sich nicht eine entschiedene Aufhebung desselben darthun lasse. Ich muß hier nur noch einen Erklärungsgrund anfügen, wie es überhaupt gekommen ist, daß diese durch Nichts zu stützende Präsumtion bei so vielen Bearbeitern unserer und anderer Lehren des Röm. Rechts für das Richtige gehalten worden ist, daß sie auch noch heutzutage so vielfach vertheidigt wird. Es ist weniger, glaube ich, das Mühsame, Beschwerliche, oft Unerfreuliche der Arbeit, die Geschichte eines Rechtsinstituts seit Justinian zu verfolgen. Wir haben doch immer Gelehrte gehabt, welche vor solchen Hindernissen nicht zurückgebebt sind. Es ist vielmehr, außerdem daß man vom Gewohnheitsrecht und dem Charakter des Römischen als eines Gewohnheitsrechtes so unklare Vorstellungen hatte, noch ein anderer Umstand. Es giebt wirklich große Partieen des Röm. Rechts (im Sachenrecht, Obligationenrecht, auch im Erbrecht), deren Reception so auf der Hand liegt, deren Anwendbarkeit so außer allem Zweifel steht, daß

Digitized by Google

n besonderer genauer historischer Beweis der Reception durch- us überflüssig ist. Wer giebt sich heutzutage in einem Ge- chichtsbuch noch die Mühe, weitläuftig urkundlich nachzuweisen, n welchem Jahr der Westphälische Frieden geschlossen ist, und oer hält es für nöthig, darzuthun, daß die Grundsätze der rei indicatio bei uns practisch sind? Man konnte gar leicht da- urch verführt werden, auch andere in jene vielfach eingreifende Theile, wo umgekehrt die Unanwendbarkeit nicht klar auf der Hand lag, für geltendes Recht zu erklären, und gewiß ist dies ei der bon. poss., die so tief in viele entschieden practische Theile des Erbrechts eingreift, bei gar vielen Schriftstellern der unbewußte Veranlassungsgrund.

Aber wer sich einmal des wahren Sachverhaltes bewußt geworden ist, wird bei jedem Rechtssatze, den er ausspricht, sich Rechenschaft ablegen, ob er nach den über die Rechtsquellen bestehenden Principien Anspruch auf heutige Anwendung hat. Er wird auch häufig bei manchen Punkten, die äußerlich so unzweifelhaft zu sein scheinen, als jene Geltung der rei vindicatio, die Mühe der Untersuchung nicht scheuen, denn es ist gar häufig der Fall gewesen, daß manches nach dem äußeren Ansehen der Literatur scheinbar sehr blühende und kräftige Rechtsinstitut, in Wahrheit doch schon lange todt und begraben war, und von der Rechtswissenschaft nur noch als ein antiquirtes Institut in Betracht gezogen werden durfte.

Jedenfalls sieht man aus dem Gesagten, welchen Werth man der Geschichte eines Rechtsinstitutes seit Justinian beizumessen habe. Sie wird jetzt gewöhnlich die Literärgeschichte oder Dogmengeschichte genannt, aber, wie mir scheint, höchst einseitig und ihre volle Bedeutung gar nicht bezeichnend. Sie ist nicht bloß die Erforschung der über eine Lehre aufgestellten wissenschaftlichen Ansichten, welche dann eben nur den Werth hätte, daß der Schriftsteller, der alle seine Vorgänger kennt, besser ihre Fehler vermeiden und ihre Vorzüge sich aneignen kann. Wer sie so auffaßt, bei dem liegt doch immer der Gedanke im Hintergrunde, daß die Geschichte eines Rechtsinstitutes selbst mit Justinian eigentlich zu Ende ist, daß man nur noch von verschiedenen Ansichten über die Erklärung eines einmal festgestellten unveränderlichen Ganzen sprechen kann.

Digitized

Aber dem ist nicht so. Die Geschichte eines Rechtsinstituts so weit die Römer selbst die Geschichte geleitet haben, ist thatsächlich für uns mit Justinian zu Ende. Aber die neueren Völker haben die Römischen Institute recipirt und die Fortführung ihrer Geschichte übernommen. Man kann gar häufig sagen, daß ein Rechtsinstitut nach seiner inneren Natur auf die Vollendung in einem bestimmten Ziele hindrängt, zu dem es in ruhigem Gange hinzuführen die Pflicht jedes Zeitalters ist, das seine Aufgabe versteht. Die späteren Römischen Juristen haben diese Pflicht bei gar vielen Instituten, die ihnen von den klassischen Juristen überliefert wurden, oft gar nicht, oft nur unvollkommen erfüllt. Die neueren Völker dagegen erfaßten die Röm. Rechtsinstitute wieder mit neuer Lebensfrische und sie haben vielfach gethan, oft in fast unbewußter Weise aber von gesundem practischen Sinn geleitet, — was (man kann das häufig mit ziemlicher Gewißheit sagen) *schon bei den* Römern geschehen sein würde, wenn die Fortbildung *ihres* Rechts länger noch unter der Leitung einsichtiger Juristen gestanden hätte.

Die **b. p.**, welche dazu aufgestellt war, das Römische Erbrecht zu erweitern und zu verfeinern, führt in sich den Beruf und das Ziel, sich mit der **hereditas** wieder zu einem einzigen Begriff des Erbrechts zu verschmelzen. Wir werden weiter prüfen, ob dies Ziel wirklich erreicht worden ist. Aber auf alle Fälle leuchtet doch das schon ein, daß hier von einer wahren inneren Rechtsgeschichte, nicht bloß von wissenschaftlichen Ansichten der Schriftsteller über ein stabiles Institut die Rede ist. Die Römischen Rechtsinstitute haben die Kraft gehabt, auch über das Römerreich hinaus fortzuleben, sich zu verändern und zu vervollkommnen, wir haben also die Pflicht, wie bei jeder anderen Rechtsgeschichte, zu verfolgen, wie dieses Fortbestehen durch die drei Organe der Rechtsbildung, die es überhaupt giebt: Gesetz, Gewohnheitsrecht und Wissenschaft, geleitet worden ist. Sollten wir dann finden, daß das Ziel, worauf ein Institut hindrängt, bisher noch nicht erreicht ist, so wird das uns zugleich eine Mahnung sein, daß wir dieses Ziel in bewußter Weise, also um so rascher, zu erreichen streben.

Digitized by Google

§. 174. Die aufgestellten Grundsätze über Behandlung eines Römischen Rechtsinstitutes mögen vielleicht zu manchem Widerspruch reizen, und ich muß hier darauf Verzicht leisten, sie wider die etwa vorzubringenden Gegengründe zu vertheidigen. Nur einem möglichen Einwurf muß ich hier noch begegnen.

Wenn ich die Forderung aufgestellt habe, daß von der Theorie bei jedem einzelnen Institute die Reception nachzuweisen ist, so könnte man daraus ableiten, daß das Römische Recht also doch als ein Aggregat vereinzelter Rechtssätze bei uns recipirt sei, was ich vorher selbst verneint habe. Man könnte meinen, daß nun die Reception jeder auch der speciellsten Rechtsbestimmung nachgewiesen werden müsse, und wo dies nicht möglich sei, auch von einer Anwendung derselben nicht die Rede sein könne.

Da dieser Beweis, wie jeder Kundige leicht einsehen wird, gar nicht immer möglich ist, so würde damit eine große Menge von Rechtssätzen aus dem Leben vertrieben werden müssen, deren Anwendbarkeit schon nach einem inneren Gefühl Niemandem zweifelhaft sein kann; es würde überhaupt die Anwendung des Römischen Rechts zu einer systemlosen unorganischen Benutzung einzelner Particularitäten herabsinken, wie sie nicht unerfreulicher gedacht werden könnte; und zu diesem Resultate führt auch das bisher Gesagte keineswegs.

Wenn man den Ausdruck, das Römische Recht sei als ein Ganzes recipirt, gebraucht, so meint man und zwar mit Recht, mehr, als daß man jene beiden oben angedeuteten Extreme dadurch ausschließen will. Ich habe vorher ausgeführt, daß unter diesem Mehr, was man damit bezeichnen will, nur nicht zu verstehen sei, daß wir in dem **Corp. jur.** ein Rechtsbuch zu finden hätten, für dessen einzelne Theile stets die Präsumtion der Anwendung spreche. Was man nun in der That darunter zu verstehen habe, wird sich durch Folgendes beweisen lassen.

Es giebt in jedem positiven Recht eine gewisse nicht unbedeutende Anzahl von Fundamentalsätzen, für die sich allerdings wohl ein Erklärungsgrund ihrer Einführung angeben

Digitized by Google

läßt, die ſich aber nicht eigentlich juriſtiſch an andere Sätze anknüpfen laſſen. Sie ſtützen ſich direct auf den Willen einer Autorität, welche die Befugniß hat, neues Recht zu erzeugen, oder ſie gehen direct aus einer allgemeinen Volksanſchauung hervor. Daß z. B. bei den Römern Teſtamente erlaubt waren, daß der **heres** als Univerſalſucceſſor aufgefaßt wird, ſind Fundamentalſätze, die gar nicht die juriſtiſche Folgerung aus irgend einem anderen Rechtsſatze enthalten. Dem ſtehen andere Rechtsſätze gegenüber, welche ſich alsbald als Folgerungen und conſequente Fortentwicklungen darſtellen, welche, damit das Recht ſeine gehörige Entfaltung erhalte, aus irgend einem Fundamentalſatze oder aus einem ſelbſt ſchon wieder gefolgerten Satze gezogen worden ſind. Es iſt von der größten Wichtigkeit, ſich bei jeder Rechtsregel klar zu machen, ob ſie eine ſolche direct auf den Willen des rechtserzeugenden Organs ſich ſtützende, oder ob ſie ein Glied einer etwa länger ſich fortziehenden Kette von Schlußfolgerungen iſt; und ein Satz letzterer Art verliert dadurch ſeine Natur nicht, daß er direct in einem Geſetze zuerſt ausgeſprochen iſt, denn derjenige Geſetzgeber iſt gerade der beſte, der darauf ſieht, daß, was er ausſpricht, in conſequentem Zuſammenhange mit anderen ſchon beſtehenden Rechtsſätzen ſtehe. Die meiſten Sätze z. B. der **act. fam. herc.** und der **her. pet.** ſind Folgerungen aus dem Begriff des Erbeſeins, indem die Univerſalſucceſſion nach allen Seiten hin auch in den Klagen repräſentirt, und geſchützt erſcheinen muß, und es ändert hieran nichts, daß z. B. Manches für die **her. pet.** erſt durch das ſ. g. **Sc. Juventianum** ausgeſprochen wurde. — Auf der Scheidung dieſer beiden Klaſſen ruht die eigentliche juriſtiſche Kunſt, das ſ. g. Rechnen mit Begriffen. Denn der Juriſt muß wiſſen, wo er nach juriſtiſchen Gründen zu fragen hat, und er muß bis zu den Sätzen durchdringen, die keinen anderen Grund haben, als direct die Volksanſchauung oder den geſetzgeberiſchen Willen. Mich will bedünken, daß manche große Streitigkeiten, wie z. B. über den Grund des Satzes **nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest**, unterblieben wären, wenn man ſich dabei klar gemacht hätte, daß hier kein juriſtiſcher Folgeſatz vorliegt, bei denen

Digitized by Google

deßhalb auch die Römischen Juristen sich damit begnügen, sie auf eine natürliche Anschauung [1]) zurückzuführen.

Dieser Unterschied ist nun auch für die Frage über die Reception Römischer Rechtssätze bedeutend. Wir haben nach den Fundamentalsätzen zu suchen. Ist ein solcher in Deutschland anerkannt, so gelten auch seine Folgerungen. Und zwar ist nun dies nicht bloß so zu verstehen, als wenn nur das gelte, was nach logischer Nothwendigkeit aus einem Rechtssatze unmittelbar folgt. Das zu entwickeln, steht uns Juristen schon ohne das zu, wir brauchten es nicht noch auf das Römische Recht zu stützen. Es ist hier von Folgerungen in einem weiteren Sinn die Rede. Das Recht und die Fortbildung des Rechtes ist wegen der Verschiedenheit der menschlichen Verhältnisse vielgestaltig, man kann von einem und demselben Grundgedanken ausgehen, und ihn ganz consequent auf völlig verschiedenen Wegen zu ganz verschiedenem Ziele durchführen. Ein anderes Volk könnte z. B. ganz denselben Grundbegriff des Erbeseins haben, könnte ihn mit gleicher Consequenz und Sicherheit, wie die Römer es gethan haben, durch alle Theile des Erbrechts durchführen, und es könnte doch ein durchaus anderes Erbrecht, als das Römische, das Resultat sein. Wir haben nun aber diesen Römischen Begriff des Erbeseins nicht als Einzelnen, sondern gerade so recipirt, wie die Römer ihn durchgeführt haben, d. h. nicht bloß mit dem, was direct logische Consequenz desselben ist, sondern mit allen Gestaltungen, die ihm Römische Gesetze, Prätorisches und Juristenrecht aufgeprägt haben.

Und das ist eben das Gute an der Reception des Römischen Rechts. Ein einzelnes Rechtsprincip hat an und für sich wenig Werth, aber es hat sich nach den vielfachen Beziehungen des Lebens in eine oft große Menge einzelner Rechtsregeln zu zerspalten; und hier kommt es auf eine consequente harmonische Durchführung des Princips an, es muß in allen den speciellen Rechtssätzen, die auf ihm ruhen, der naturgemäße Baum zu erkennen sein, dessen Zweige und Blätter insgesammt aus einer und derselben Wurzel Nahrung und Leben

1) „quorum naturaliter inter se pugna est.“

Digitized by

erhalten. Weil die Römer es verstanden haben, so vielen ihr Rechtsinstitute einen solchen organischen Zusammenhang zu geben, konnten neuere Völker überhaupt darauf geführt werden, diese Rechtsinstitute, sobald sie überhaupt mit der neueren Zeit vereinbar waren, bei sich einheimisch werden zu lassen, indem sie dadurch in den Besitz eines wissenschaftlich und consequent ausgebildeten Rechtes gelangten, zu dem die einheimischen Institute sich noch nicht emporgeschwungen hatten. Gerade weil dies der Hauptgrund der Aufnahme des Römischen Rechts war, so versteht es sich von selbst, daß die Institute, die man überhaupt recipirte, als Ganze aufgenommen wurden, daß nicht z. B. etwa die Grundlagen, sondern das ganze Gebäude, als solo cohaerens, Eingang fand, ohne welches eben die nackte area keine Wohnlichkeit dargeboten haben würde. In dieser Hinsicht muß man allerdings sagen, daß das Römische Recht, d. h. der Inbegriff aller überhaupt anwendbaren Institute des **Corp. jur.** *als ein* Ganzes recipirt wurde, und so braucht also, *um bei obigem* Beispiele zu bleiben, wenn einmal feststeht, daß der Römische Begriff des Erbeseins bei uns feststeht, nicht noch besonders bewiesen zu werden, daß auch dasjenige gilt, was die Römer für die Erbrechtsklagen, für das Verhältniß der Miterben, für die Stellung des Erben zu den Legataren, (obgleich dies Alles gar nicht immer das Ergebniß logischer Nothwendigkeit ist) daraus abgeleitet haben. Alles was im Gebiete solcher Institute durch unser Studium auch ganz neu aus dem Corp. jur. entwickelt wird, darf als gemeinrechtlich geltend angenommen werden, und wo innerhalb solcher Institute ein einzelner Folgesatz unpractisch sein soll, da muß nun erst eine speciell entgegenstehende Deutsche Rechtsansicht nachgewiesen werden [2].

Mir scheint es ziemlich leicht ersichtlich, daß man gerade diese Geltung des Römischen Rechts mit jenem so viel gebrauchten Ausdruck der „geschriebenen kaiserlichen Rechte“ bezeichnet hat. Das Geschriebensein der Römischen Rechtsinstitute war das äußerlich hervorstechende Kennzeichen, ihr innerer

---

2) So z. B. erkennt man in Basel, obgleich man den Röm. Begriff des Erbeseins durchaus recipirt hat, doch den Satz von dem ipso jure Getheiltsein der Forderungen unter mehren Erben nicht an.

Digitized by Google

erth, ihre wissenschaftliche Ausbildung wäre ohne dies Ge-
riebensein nicht denkbar, und ebendeßhalb bezeichnete man sie,
man die Institute in dieser ganzen Ausbildung und Aus-
nung annahm, nach ihrer äußeren Erscheinung. Es ist erst
i Irrthum der das Römische Recht bearbeitenden Juristen, daß
s scriptum gleichbedeutend sei mit Gesetzesrecht [3]), und
eser Irrthum ist so verderblich gewesen, weil er den richtigen
tandpunkt bei Beurtheilung der Geltung des Römischen Rechts
vielfach verwischt hat.

Dies sind die Grundsätze, welche ich vorausschicken mußte,
e ich auf den in diesem Buche zu untersuchenden Gegenstand
lbst eingehen konnte. Wir werden sehen, daß die meisten
ragen über die Reception und heutige Geltung der bonorum
ossessio von den eben entwickelten Principien direct abhän-
en, und, sobald man über diese nur in Klarheit ist, sich sehr
nfach, kurz, und sicher beantworten lassen.

---

3) Ein Irrthum, der sich leider noch bis in die neueste Zeit hinein-
zieht. s. z. B. Gerber das wissenschaftl. Princip des gem. Deutsch.
R. (1846) S. 144. 157.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Geltung des Prätorischen Erbsystems in der neueren Zeit.

§. 175. Wenn wir untersuchen wollen, wie das Prä
torische Erbsystem in der neueren Zeit recipirt sei, ob man
das Justinianeische Recht unverändert oder mit wesentlichen
Modificationen anerkannt habe, so müssen wir vor Allem die
Quellen kennen, aus denen wir zu schöpfen haben. Bekannt-
lich ist nun bei allen vor uns liegenden Fragen von Gesetzen
die hier eingegriffen hätten, nicht die Rede. Im Corpus ju-
ris canonici, und in den Deutschen Reichsgesetzen findet sich
Nichts die **bonorum possessio** Betreffendes. Eine directe ge-
setzliche Aufhebung des Justinianeischen Rechtes also liegt nicht
vor, und alle Fragen über die Aufnahme oder Veränderung
des Römischen Rechtes reduciren sich auf das Gewohnheits-
recht.

Zur Erforschung dieses Gewohnheitsrechtes nun dienen
uns verschiedene Hülfsmittel. Einestheils kann uns dafür das
Corpus juris canonici wenigstens in der Hinsicht von Wich-
tigkeit sein, daß, wenn auch darin gar nicht von **bon. poss.**
die Rede ist, oder besser: weil dies nicht der Fall ist, wir
vielleicht auf Punkte stoßen können, wo sie erwähnt sein würde,
falls man sie damals nicht für unpractisch ansah. Wir werden
nachher sehen, in wie weit solcher Art das Canonische Recht

Digitized by Google

der That ein Zeugniß für das damals feststehende Gewohnheitsrecht abgiebt.

Ein anderes weit wichtigeres Hülfsmittel sind uns die einzelnen Stadt- und Landrechte Italiens und Deutschlands, insofern wir darin das Erbrecht und gerade das Römische verarbeitet finden. Wenn wir darin gleichmäßig namentlich in Beziehung auf die Antretungsformen und die Fristen nur die civilrechtlichen Bestimmungen des **Corpus juris** anerkannt sehen, wenn wir sogar directen Hindeutungen auf die Unanwendbarkeit des Prätorischen Rechts begegnen, so ist dies für die Constatirung des allgemeinen Rechtsbewußtseins, das zu erforschen unser Zweck ist, von der unmittelbarsten Beweiskraft.

Außerdem sind das ergiebigste Hülfsmittel, dem wir daher unsere ganz vorzügliche Aufmerksamkeit zuwenden müssen, ohne alle Frage die Schriften der Juristen aus allen den Jahrhunderten, welche die Justinianeische Zeit von der Gegenwart trennen. In einer doppelten Hinsicht, welche wir genau von einander zu trennen haben, ist ihr Inhalt von uns in Betracht zu ziehen.

Wir haben nämlich einestheils die rein wissenschaftlichen Ansichten daraus kennen zu lernen, welche über die **bonorum possessio** in dieser Reihe von Jahrhunderten geherrscht haben, d. h. also Alles, was zur Erklärung des Römischen Rechtes von den Bearbeitern desselben geleistet worden ist; m. a. W. die wahre Literärgeschichte der **bon. poss.**

Anderntheils aber haben wir auch sorgfältig den practischen unsere Lehre betreffenden Bemerkungen der Schriftsteller nachzuspüren, d. h. also Allem, was sich in Beziehung auf die Anwendung der **bonorum possessio** im neueren Rechtsleben in unserer Literatur findet. In dieser Hinsicht ist sie uns der Zeuge, und gerade der wichtigste Zeuge für das unsere Lehre betreffende Gewohnheitsrecht.

Wer mit der vor uns liegenden Literatur auch nur wenig bekannt ist, wird keinen Augenblick darüber zweifeln, welche von diesen beiden Ausbeuten, die sie uns darbietet, die wichtigere genannt werden müsse. Ich habe dies bereits in der Einleitung zum ersten Bande S. **XXI—XXIII.** genügend hervorgehoben. Die wissenschaftlichen Leistungen, welche zur

Digitized by Google

Erklärung des Römischen Rechtes dienen sollen, sind ganz in unserer Lehre außerordentlich unbedeutend und für uns wenig lehrreich. Sie stehen mit dem, was uns in vielen andern Theilen des Römischen Rechtes von der Literatur dargeboten wird, in gar keinem Verhältniß. Proben zur Bekräftigung dieses Urtheils werden wir in der Folge genug kennen lernen und daß dem so sei, kann uns auch gar nicht wundern. Wenn irgend eine Lehre, um überhaupt verstanden zu werden, mannigläuftiger historischer Untersuchungen bedarf, so ist es die vorliegende. Das vorliegende Werk beweist dies wohl zur Genüge, wenn es überhaupt noch des Beweises bedürfte. Zu den nöthigen historischen Untersuchungen aber fehlte es den verflossenen Jahrhunderten theils an Lust und Geist theils an Hülfsquellen, und so brauchen wir, neben dem wenigen Guten, das sich allerdings findet, uns weder zu wundern noch zu ärgern über all den Unsinn, der sich hier aus dem Staube alter Bücher heraussuchen läßt.

Die andere Ausbeute dagegen, die Erkenntniß des practischen Rechtes, macht das Studium der über die **bon. poss.** vorhandenen Literatur wahrhaft lohnend. Wir müssen aber freilich, wenn wir hierbei sicheren Schrittes gehen wollen, die Aeußerungen der Schriftsteller über die Anwendbarkeit der Lehre mit kritischer Sorgfalt ins Auge fassen. Wir können nämlich vielfach dabei ganz zweifellos erkennen, daß dieselben lediglich auf der Ansicht ruhen, alles Justinianeische Recht sei von selbst auch practisch, ja noch mehr, es kommt sehr oft vor, daß der Schriftsteller sich ganz auf den Standpunkt Justinians versetzt, und von practischem Rechte nur im Gegensatze zum vorjustinianeischen spricht. Alles dies beruht also gar nicht auf einer Kenntniß und Anschauung des Rechtslebens, die Zeit, in welcher der Schriftsteller selbst lebte, ist dabei ganz ignorirt, es hat also für uns gar keine Beweiskraft.

Wir können vielmehr zur Constatirung des uns interessirenden Gewohnheitsrechtes nur diejenigen Angaben brauchen, worin wir eine entschiedene Berücksichtigung des neueren Rechtslebens erkennen. Dahin gehört natürlich einestheils Alles, was als dem Justinianeischen Rechte widersprechend und als geltendes Recht gelehrt wird. Anderntheils aber, wenn es sich umgekehrt

Digitized by Google

im die Anerkennung des Justinianeischen Rechtes handelt, so nüssen wir verlangen, daß die Aeußerung des Schriftstellers nicht lediglich auf die irrthümliche Präsumtion, alles im Corp. ur. Stehende sei von selbst auch practisch, sich stütze, sondern vir bedürfen solcher Zeugnisse, welche sich auf entschiedene gewohnheitsrechtliche Reception des Justinianeischen Rechtes berufen. Aber auch hiemit können wir noch nicht zufrieden sein. Wir dürfen natürlich nicht gleich auf Treu und Glauben hinnehmen, was irgend ein beliebiger Scribent als recipirtes oder umgestaltetes Römisches Recht vorträgt, sondern wir haben tets, was sich von selbst versteht, nach der Stellung, dem Ansehen, der Zahl der Schriftsteller zu prüfen, ob das, was sie ehren, Glauben verdient, ob es aus einer wahren lebendigen Erkenntniß des Rechtslebens hervorgegangen sei.

Ehe wir nunmehr die Untersuchung selbst beginnen, bedarf s nur noch der kurzen Uebersicht, in welche Theile dieselbe erfällt, und zu diesem Zwecke muß ich gleich hier einen Hauptunkt erwähnen, dessen Beweis ich später liefern werde. Es st nämlich durch ein ganz entschiedenes Gewohnheitsrecht von er Glossatorenzeit her das **Int. quor. bon.** im Verein mit er **missio Hadriana** zu einem possessorischen Rechtsmittel geworden, welches nicht mehr bloß dem **bonorum possessor**, sondern jedem **heres** zusteht, welches also mit anderen Worten on den prätorischen Antretungsformen und Fristen, und überhaupt von allen Regeln des **successorium edictum** befreit vorden ist. Dadurch aber hat sich das Interdict aus der übrigen Lehre von der **bonorum possessio** ganz ausgeschieden, und steht mit der Frage, in welchem Umfange diese letztere recipirt sei, in gar keinem Zusammenhange mehr. Das Interdict und die **missio** ist jetzt eine eigene selbständige Lehre, von er Verleihung des Erbschaftsbesitzes vor definitiver Feststellung es Erbrechts durch die **her. petitio**, geworden. Hiedurch var die Anordnung unseres Stoffes in zwei Kapitel von selbst edingt. Das erste handelt von der Reception des ganzen Systems der **bon. poss.** eben mit Ausschluß des ihr ganz entfremdeten Interdictes. Das zweite kann dann nicht lediglich

Digitized by Google

mehr dieſes Interdict, ſondern es muß mit erweiterter Gränze überhaupt das umfaſſen, was ſich im heutigen Recht auf die poſſeſſoriſche Erbſchaftsregulirung bezieht, wobei die Grundſätze des Interdictes und der **missio Hadriana** einen untrennbaren inneren Zuſammenhang darbieten. — Jenes erſte Kapitel aber, in deſſen Eingange wir hier ſtehen, zerfällt nach dem Charakter der vor uns liegenden Literatur [1]) in mehre Perioden: die Zeit vom Anfange der Literatur bis zum Ende der Gloſſatoren; ſodann das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert, in welchen unſere Lehre durch ſcholiaſtiſchen Schwulſt bis zur Unkenntlichkeit entſtellt wurde; drittens das Wiederaufleben geſunderen Sinnes ſeit Alciat, Zaſius, Cujacius, bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts; endlich die neuſte hauptſächlich auf hiſtoriſche Unterſuchung der **bon. poss.** gerichtete Zeit.

I. Die Gloſſatoren und ihre Vorgänger.

1. Die Turiner Gloſſe Nr. 315.—330. (Savigny Geſch. d. R. R. im M. A. II. S. 459—461).
2. Petri Exceptiones I. c. 6—27. (Savigny a. a. O. S. 323 ff.).
3. Summa novellarum constitutionum (Brachylogus) II. Tit. 35.
4. Summa des Rogerius zum Codex. (Ein Bruchſtück davon bei Savigny a. a. O. IV. S. 436. ad tit. Quor. bon.).
5. Summa des Placentinus zum Codex. (Moguntiae 1536) ad tit. qui admitti. etc.
6. Summa des Azo zum Codex (Venet. apud Franc. Bindanum. 1566.) ad tit. qui admitti. etc.
7. Summa des Hugolinus zu den Digeſten (in der Ausgabe des Azo mit abgedruckt. ſ. darüber Savigny a. a. O V. S. 51).

---

1) Es wird gewiß Niemand erwarten, daß ich im Folgenden alle Bücher citire, in denen von bon. possessio die Rede iſt, ich würde dann jedes Inſtitutionen- und Pandekten-Lehrbuch anführen müſſen, wenn gleich das darin Geſagte völlig unbedeutend und zum hundertſtenmale wiederholt iſt. Ich führe nur dasjenige an, was mir nöthig ſchien, um dem Leſer die volle Anſchauung von dem zu geben, was die Literatur in unſerer Lehre beſchäftigt hat. Eine anſehnliche Zahl von Büchern dagegen, die mir durch die Hände gegangen iſt, hat mich nicht gereizt, auch den Leſer damit zu behelligen. — In der Regel werde ich bei den in der Folge zu citirenden Büchern die Ausgaben bemerken, welche ich in der Hand gehabt habe.

Digitized by Google

8. Die Glosse des Accursius zum Tit. Inst. de bon. poss. Dig. lib. 37. 38. Cod. ad tit. qui admitti. etc.
9) Die Casus des Vivianus zum Infortiatum lib. 37. u. 38. (in der glossirten Ausgabe von Fehius. Lugduni. 1627. mit abgedruckt). 1).

§. 176. A. Literärgeschichte. Die Glossatoren gaben sich noch viel zu sehr mit der Interpretation der einzelnen Stellen ab, als daß sie daran hätten denken können, viel Allgemeines, die ganze Lehre der b. p. Umfassendes, zu sagen. Mehr schon findet sich dies bei Vivianus. — Folgendes ist in kurzem Abriß, was man damals über das ganze Institut lehrte; ich lege dabei hauptsächlich Azo's Summa zum Grunde:

Die b. p. ist **emendandi jur. civ. gratia** vom Prätor eingeführt, theils um die Intestatklassen zu vermehren, theils um **sec. tab.** den **postumus alienus** zu rufen. Sie wurde dann aber auch noch **corrigendi** und **confirmandi j. c. gr.** gegeben 2). Sie ist überhaupt das **jus retinendi persequendique patrimonii etc.** (fr. 3. de b. p.), nur muß man zu dieser Ulpianschen Definition noch hinzusetzen: **praetorium.** Sie ertheilt die **commoda et incommoda,** und das **dominium,** aber nur das **utile dominium.** Man muß sie als ein **jus propter quod persequimur, non quo persequimur** auffassen 3), d. h. die **bon. poss.** ist keine Klage wie die **her. pet. possessoria,** sondern sie ist der Grund eben diese Letztere anstellen zu können. Man darf übrigens nicht sagen **possessio bonorum,** sondern nur **bon. poss.**

Die b. p. hat danach große Aehnlichkeit mit der **hereditas.** Beide ertheilen die **commoda et incommoda,** ja sie finden auch bei einem insolventen Vermögen Statt. Dagegen ist die **differentia,** daß jene sich auf die **auctoritas juris Praetorii** stützt, und die Agnition derselben die **praesentia judicis** voraussetzt, während die **hereditas auctoritate juris civilis nititur, nec desiderat aditio hereditatis auctoritatem judicis viventis.** Nach dieser Ertheilung durch den Richter ist nun

1) Wenngleich Vivianus nicht mehr zu den Glossatoren gehört, so ist es doch passend, ihn noch an diese anzuknüpfen.
2) Gl. ad pr. l. de b. p.
3) Gl. ad fr. 3. de b. p. Azo ad tit. qui admitti.

Digitized by Google

die b. p. entweder eine **edictalis** oder **decretalis.** Jene iſt die **quae ex edicto Praetoris mortui decernitur,** d. h. welche in dem Edicte des Prätors, der ſchon geſtorben ſein kann, verſprochen iſt, die **decretalis** dagegen, **quae a vivo praetore decernitur.** In Folge des Conſtantiniſchen Geſetzes aber iſt alle **b. p. nur judicialis** d. h. es wird ohne weitere Formalitäten die **praesentia judicis** bei der Agnition erfordert [4]. Uebrigens war hier noch Streit, ob dadurch die **decretalis** ganz mit der **edictalis** ausgeglichen ſei, oder das Decret, nur mit Weglaſſung der alten Formalitäten, beſtehen geblieben ſei [5]. Wenn man nun b. p. agnoscire, und dabei gleich ſeine Berechtigung nachweiſe, in Folge deſſen der Prätor ein **decretum** ertheilt habe, ſo ſei damit doch nicht ausgeſchloſſen, daß ein Gegner hinterher das Unbegründetſein der Berechtigung darthue: **quia sub hac conditione videtur Praetor dedisse,** z. B. **si filius est** [6]. Deßhalb war man geneigt anzunehmen, daß in der Regel auch der **adversarius** zur *Agnition* zu rufen ſei, freilich ohne wahre **forma judicii,** und ohne auch Ausnahmen läugnen zu können [7].

Die **bon. poss.** zerfalle nun, ſagte man, in zwei Haupttheile:

1. Die **ordinaria.** Deren gebe es ſechs: Die **contra tabulas** und **secundum tab.,** welche beide **ex testamento** ſind. Die c. t. ſei **ex testamento, quia non habet locum nisi facto testamento** [8]. Sie ſtehe den **emancipati** zu, aber auch den **sui,** obgleich dieſe ſchon nach Civilrecht in Folge der

4) Azo a. a. O. Vivianus ad Rubr. D. de b. p. Es war auch Streit, ob die b. p. invito et ignoranti erworben werde. Johannes meinte auch bei der edictalis ſei dies nicht der Fall „sed veluti pomum offerri." ſ. Gl. ad fr. 3. §. 3. de b. p.

5) Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata, et sine petitione hereditatis: dummodo coram judice dicebat, se velle bonorum possessorem esse, nec est opus eam decerni. Quidam tamen dicunt per Constantinum solam solennitatem petendi sublatam, non decretalem.

6) Gl. ad fr. 3. §. 2. de b. p.

7) Gl. ad fr. 3. §. 8. de b. p.

8) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

Digitized by Google

Präterition das Teſtament vernichteten [9]). Die **sec. tab.** treffe in der Regel mit dem Civilrecht zuſammen (d. h. ſie ſei nur **utilis**), in einzelnen Fällen aber gewähre ſie ganz eigenthümliches Recht, weßhalb hier der Berufene, wenn er überhaupt ſuccediren wolle, die **b. p.** nothwendig agnosciren müſſe (**b. p. necessaria**). Es ſeien dies drei Fälle: das **test. ruptum** durch einen vor dem Teſtator geſtorbenen **postumus**, das **test. irritum factum** durch **cap. dim.**, ſobald der Erblaſſer nur **mortis tempore** wieder **sui jur.** war; und die Einſetzung unter einer Bedingung [10]). — Außer dieſen beiden **b. possessiones ex testamento** gebe es noch vier **ab intestato**, die **b. p. unde liberi** (welche übrigens **utiliter** auch den Eltern nach Analogie des Patrons gegen die Kinder als **b. p. unde parentes** gegeben werde [11])), die **b. p. unde legitimi**, welche den Agnaten bis zum zehnten Grade zuſtehe [12]), die **b. p. unde cognati** und **vir et uxor**. Die letztere ſei **necessaria**, die übrigen **b. possessiones ab intestato** nur **utiles**.

2. Die **extraordinaria**. Dieſe (nach Azo) zerfällt wieder in zwei Klaſſen: erſtens die **b. p.**, welche **non est stabilita certa parte edicti, sed ut vaga** (die **b. p. ex legibus**, z. B. aus der **lex Cornelia**), zweitens die **b. p.**, welche **jus non tribuunt in proprietate, sed in possessione tantum** [13]), nämlich die **b. p. Carboniana, ventris nomine**, und die **quae datur gratia agnoscendae litis**. Dieſe **extraordinariae, quae jus non tribuunt**, werden ohne **causae cognitio** und Decret gegeben, während die **quae jus tribuunt** deſſen bedürfen [14]).

---

9) Gl. ad §. 3. I. de b. p. — Sed quare datur suis contra tabulas, quum ipso jure nullum sit testamentum? Responde: duas habet vias, unam de jure civili, per quam potest dicere nullum; aliam de jure praetorio, per quam non dicit nullum sed anullandum; quum non fieri, nec desinere possit heres de jure praetorio. ſ. auch oben §. 72. Note 2.

10) Gl. ad l. 5. C. unde legit.

11) Gl. ad l. 3. C. unde liberi. (Placent).

12) Gl. ad l. 5. C. unde legit. Man ſchloß dies aus §. 5. I. de successione cogn.

13) ſ. auch Gl. ad l. 5. C. unde legit.

14) Azo a. a. O. Gl. ad fr. l. de b. p.

Digitized by

Ich brauche nicht auszuführen, wie mancherlei einzelne Fehler in diesen hier zusammengestellten Sätzen enthalten sind. Mehr noch ist hervorzuheben, wie wenig damit das ganze Wesen und System der **b. p.** klar gemacht wird, wie trocken und unfruchtbar für ein wahres Verständniß des Erbrechts alle diese Bemerkungen aneinander gereiht sind. Und doch ist es noch vortrefflich im Vergleich zu dem, was die folgenden Jahrhunderte der nächsten Periode aus unserer Lehre machten. —

§. 177. B. Zeugnisse über das practische Recht.

Wenn man die Schriften der Glossatoren nur oberflächlich überblickt, so könnte man leicht zu dem Glauben veranlaßt werden, daß darin sehr zahlreiche Bemerkungen über das aus der b. p. Anwendbare enthalten wären. Es kommt der Ausdruck **hodie** außerordentlich häufig vor, und es wird ganz genau angegeben, welche einzelnen Theile der **b. p. hodie necessariae**, und welche bloß **utiles** seien [1]).

Indessen sobald man genauer zusieht, so kann man, wie mich dünkt, gar nicht zweifelhaft sein, was dies **hodie** zu bedeuten habe. Es lassen sich eine Menge von Stellen anführen, woraus es ganz entschieden hervorgeht, daß das **olim** auf vorjustinianeisches Recht deutet, während das **hodie** das neuere Justinianeische bezeichnet. Diese Terminologie findet sich auch in der folgenden Periode noch ganz feststehend. Die Glossatoren waren insgesammt der Ansicht, daß unter Justinian nach dem Constantinischen Gesetz die formlosere Agnition der **b. p** anerkannt worden sei, im Uebrigen das Prätorische Erbrecht fortwährend ein geschlossenes System bilde, wonach die **b. p. utilis** sei, wenn der Berufene zugleich das Civilrecht für sich habe, **necessaria** dagegen, wenn er bloß vom Prätor seine Berechtigung erhalte. Diese Ansicht (deren Unrichtigkeit übrigens im vierten Buche nachgewiesen ist) trifft aber gar nicht das, wovon wir hier sprechen. Wir fragen, ob damals, wo die Theorie so entschieden die **b. p.** als der hereditas ge-

1) s. z. B. Gl. ad l. ult. C. unde legit. — Et dic quod hodie sunt sex ordinariae, septima extraordinaria. — Sed olim aliae plures erant insertae, praeter has septem; sunt tres etiam hodie etc. — — In his tribus etiam hodie est necessaria

schlossen gegenüberstehend auffaßte, dies auch im practischen Rechtsleben Italiens, worin doch das Römische Erbrecht unzweifelhaften Eingang fand, Statt gefunden habe? Dafür aber sind jene Stellen, worin bloß von dem neuesten Römischen Recht mit dem Ausdrucke **hodie** die Rede ist, noch ganz unbeweisend [2]).

Ganz anders aber scheint eine sehr derbe Aeußerung Azo's in seiner Summa zum Coder aufgefaßt werden zu müssen. Er sagt darin, **ad tit. unde legit: erubescant, qui dicunt, hodie non habere locum bonorum possessiones**, woraus man schließen könnte, daß damals über die practische Anwendbarkeit unserer Lehre Streit geführt worden sei. Allein auch diese Stelle beweist gar nichts, wie wir aus der Art sehen, in der Azo fortfährt. Er setzt hinzu: „denn es sei noch die **sec. tab.** in gewissen Fällen, ferner die **c. tab. necessaria.** Von den **ab intestato bonorum possessiones** aber seien nur die ersten drei Klassen **utiles.**" Azo spricht also offenbar von dem Streite, den auch die erste in Note 2. citirte Stelle erwähnt, ob nämlich **per nova jura** d. h. durch die Novelle 118. die b. p. aufgehoben sei. Die bejahende Antwort finden wir noch im Brachylogus [3]), und gegen eine solche Ansicht konnte allerdings Azo sagen, man müsse erröthen, sie zu theilen.

---

2) In der Note 1. angeführten Glosse kommen folgende Worte vor: Tertio nota, an sint sublatae bonorum possessiones per nova jura, quod quidam dicunt, sed est falsum nisi in duabus. Dic ergo, quod eundem locum tenent hodie, quem olim. Dies wird dann weiter ausgeführt. Die sec. und contra tab., die unde legitimi und vir et uxor seien hodie gerade so wie olim. necessariae. Dagegen die unde liberi und unde cognati seien hodie utiles und olim necessariae gewesen. Dazu wird die Novelle 118 citirt. Man sieht also daß hodie das neueste Justinianeische Recht bedeutet. — Dasselbe beweist eine andere Stelle: Gl. ad l. 3. C. unde lib. — Sed quum hodie jure Institutionum successorium edictum locum habeat in agnatis, ferner: Gl. ad l. 7. C. de curat. fur. — Hodie vero per Constantinum utraque solennitas est sublata. Gl. ad fr. 4. §. 8. de b. p. — Hodie autem sufficit agnitio coram judice sine petitione et datione bonorum possessionis. Zum Beweise dieses hodie wird l. 7. C. de curat. fur. citirt. s. ferner Gl. 3. ad fr. 6. §. 1. de b. p. Und so ließen sich noch viele andere Stellen anführen.

3) II. 35. §. 4. (ed. Böcking. p. 77). — De bonorum autem pos-

Digitized by

Ebenſowenig Gewicht, wie auf dieſe Aeußerung des [illegible] haben wir wahrſcheinlich auch auf eine andere des Hugolinus zu legen, welcher umgekehrt zu bezeugen ſcheint, daß die Inition der b. p. unpractiſch ſei [4]). Aus der Verweiſung auf die l. 7. C. de curat. fur. und den Codextitel qui admitti ſieht man, daß Hugolinus nur von den älteren Formalitäten ſpricht, welche Constantiniana lege aufgehoben ſeien. Es bedürfe ſeitdem nicht mehr des dare der b. p., d. h. einer eigenen Ertheilung von Seiten des Richters, ſondern die einfache Erklärung des Berufenen, er wolle agnosciren, genügt. Hugolinus aber drückt dieſe Anſicht nur zweifelnd aus (forte non est necesse), weil, wie wir ſchon wiſſen (§. 176. Nr. 5.), es ſtreitig war, ob nicht doch das Decret des Richters noch beſtehen geblieben ſei. —

In dem Bisherigen liegen alſo noch gar keine Beweiſe, ob man in der damaligen Zeit im Verein mit dem übrigen Erbrecht auch die b. p. angewandt habe oder nicht. Und es kann uns auch im Grunde wenig wundern, daß wir die Gloſſatoren ſich auf dieſe Frage gar nicht einlaſſen ſehen. Ihre Thätigkeit wie ihre Kenntniſſe concentriren ſich bekanntlich auf das Corpus juris. Sie ſind mit der Erklärung deſſelben noch zu ſehr beſchäftigt, um ſchon weiter hinaus blicken zu können. Ihre Arbeit iſt rein theoretiſch, und man muß keineswegs glauben, daß Alles, was ſie aus dem Corpus juris erklären, nun auch ſogleich in die Praxis Eingang gefunden habe. So ſehr auch die Lehre der Romaniſten auf die Praxis Einfluß gehabt hat, ſo müſſen wir uns doch durchaus vor jeder Art ſtillſchweigender Präſumtion hüten, und wir können unmöglich daraus, daß die Gloſſatoren eine Lehre nicht poſitiv für unpractiſch erklären, oder gar daraus, daß ſie ſie überhaupt

---

sessione plura dicere necessarium non duximus eo, quod jure civili ex constitutionibus principum omnes cognati succedere possunt.

4) ad tit. D. de her. pet. poss. (p. 1158 der oben unter Nr. 6. angegebenen Ausgabe). Hodie forte non est necesse, alicui dari bonorum possessionem, quod dic ut infra de curat. fur. l. ult. diximus, et C. qui admitti ad bon.

Digitized by Google

glossiren, schon den Schluß ziehen, die Lehre sei wahrhaft ins Rechtsleben recipirt worden.

Wir müssen also nach anderen wahren Beweisen suchen, und diese fehlen denn auch keineswegs. Ich muß dem, was hier anzuführen ist, nur noch folgende Bemerkungen voranschicken.

Der Römische Erbschaftsbegriff, die **hereditas** als eine Universalsuccession aufgefaßt, empfiehlt sich leicht als ein für die Praxis höchst brauchbarer. Die meisten Fälle der Erbberechtigung im Justinianeischen Rechte waren nun auch im engeren Sinne **hereditas**, d. h. entweder älteres oder durch die Kaiser eingeführtes neueres Civilrecht. Die Regeln über Delation und Acquisition desselben sind einfach, leicht verständlich, und wegen ihrer Freiheit von altcivilrechtlichen Formen leicht aller Orten anwendbar, auch wenn man andere Grundsätze der subjectiven Erbberechtigung befolgte, als sie das Justinianeische Recht enthielt. Es ist nun auch leicht einzusehen, daß die civilrechtlichen Delations- und Acquisitionsgrundsätze für das practische Bedürfniß vollkommen genügen, daß namentlich die Antretungshandlung ohne allen Nachtheil für eine private erklärt werden kann, und es auch keiner **ipso jure** laufenden Frist für sie bedarf, indem hier durch das **spatium deliberandi**, die Inventarsfrist oder ähnliche Verfügungen gegen ein absichtliches Hinzögern der Erbantretung gesteuert ist. Indem man diese ganz passenden Rechtsgrundsätze durchaus für die meisten Justinianeischen Erbklasseu im **Corp. juris** anerkannt fand, begegnete man freilich daneben noch einzelnen Fällen der Erbberechtigung unter dem Namen **bonorum possessio**, von denen man allerdings nicht glaubte, zweifeln zu dürfen, daß Justinian ihnen die eigenthümliche Prätorische Agnitionsform und Frist gelassen habe[4a]). Aber es waren im Verhältniß doch nur singuläre Fälle, und überdem sah man, daß schon

4a) Ich will in der folgenden Untersuchung diese Annahme, der man stets ohne eigentliche genauere Untersuchung beigetreten ist, einstweilen als richtig annehmen, obgleich ich im vorigen Buche sie bereits als unbegründet nachgewiesen habe. Wir würden, auch wenn sie richtig wäre, dennoch zu dem Resultate kommen, daß im heutigen Rechte die b. p. sich nicht mehr von der **hereditas** unterscheidet.

Digitized by

nach Römischem Rechte die **b. p.** dasselbe materielle Erbrecht gewähre, wie die **hereditas**. Da aber nun die civilrechtlichen Erbantretungsregeln durchaus genügten, so ist es doch wahrlich nicht zu verwundern, wenn wir das Rechtsleben folgenden Gang gehen sehen. Man recipirte allgemein den Begriff der **hereditas**, und auch vielfach die civilrechtlichen einzelnen Erbklassen. Was man in Folge der Gewohnheit oder besonderer Statute, die in einzelnen Gegenden galten, an den Erbklassen zu verändern hatte, wurde ebenfalls unter diesen Begriff der **hereditas** gestellt. Indem man also das eigenthümlich nationale Recht hierunter subsumirte, und die civilen Erbantretungsregeln dafür gelten ließ, so bedurfte es doch nur eines geringen practischen Taktes, um, wenn man nun auch jene wenigen selbständigen Prätorischen Erbklassen recipirte, die damalige Zeit denselben Weg gehen zu lassen. Die **bon. poss.** stand doch schon der **hereditas** materiell ganz gleich, es lag also sehr nahe, beide nun auch formell gleichzustellen, trotz dem, daß man auch damals glaubte, hierin vom Justinianeischen Rechte abzugehen. —

Es ist passend, dies sogleich durch ein wichtiges Italienisches Particularrecht zu erläutern, welches die eben angegebene Anwendung des Römischen Rechtes sehr deutlich hervortreten läßt. In den Statuten von Florenz [5]) ist in Beziehung auf die Intestatklassen der Verwandtschaft Mancherlei vom Römischen Rechte abgeändert, die Verwandten und zwar Agnaten sollen nur bis zum achten Grade Römischer Computation ge-

---

5) Statuta populi et communis Florentiae publica auctoritate collecta castigata et praeposita anno salutis 1415. (3 Theile Friburgi ap. Michaelem Kluch). Im Tom. I. Lib. II. ist de causis civilibus gehandelt. Der Zeit der Bekanntmachung nach gehören also diese Statuten in die folgende Periode, aber wenn man bedenkt, daß sie auf bisherigem Gewohnheitsrechte und anderen früheren Statuten ruhen, so würde die Annahme sehr unwahrscheinlich sein, daß nicht das, was wir hier finden, sich gleich von Anfang an, seitdem man überhaupt das Röm. Recht anwandte, so gestaltet habe. Namentlich muß man bedenken, daß in der Theorie der folgenden Periode, wie wir sehen werden, gar keine Veränderung vorgegangen ist, welche eine erst spätere Verbannung der Prätorischen Agnitionsregeln aus der Praxis hätte veranlassen können.

Digitized by Google

rufen werden [6]), die Frauen ſind eigenthümlich beſchränkt [7]). Hinter den Verwandtſchaftsklaſſen aber iſt die **b. p. unde vir et uxor** (freilich den Worten nach nur für die Ehefrau) und das Erbrecht des Fiskus aus dem Röm. Rechte recipirt [8]). Die Erbberechtigung wird hiernach ganz wie im Römiſchen Rechte **hereditas vel bonorum possessio vel successio** genannt, um damit anzudeuten, daß ſie aus verſchiedenen hiſtoriſchen Quellen hervorgegangen iſt, aber für alle dieſe offenbar nur dem Namen nach verſchiedenen Berechtigten iſt ganz entſchieden nur eine Art der Erbantretung anerkannt, und zwar mit wenigen Modificationen durchaus die Römiſche **hereditatis aditio.** Ein Mann, der über 18 Jahr alt iſt, ſoll wenn er Erbſchaftsſachen nach 15 Tagen ſeit dem Todestage in Beſitz gehabt hat, als antretend angeſehen werden, mag er dann auch ſpäter den Beſitz derſelben wieder aufgegeben haben [9]). Mannsperſonen, die wenigſtens über 16 Jahr alt ſind, ſollen,

---

6) Lib. II. Rubr. 126. de successione communis Florentiae ab intestato et de heredibus naturalium et bastardorum, — „non existente aliquo conjuncto usque in octavum gradum inclusive numerandum secundum jura civilia."

7) Lib. II. Rubr. 130. Qualiter mulier ab intestato succedat. Keine Frau kann ihren Kindern ſuccediren, ſobald deren Deſcendenten oder der Vater, väterliche Großvater, Onkel, Geſchwiſter exiſtiren. Die Mutter bekommt dann aber Alimente. Wenn dagegen andere männliche Agnaten bis zum achten Grade vorhanden ſind, ſo concurirt die Mutter mit ihnen zu einem Viertheil u. ſ. w.

8) Lib. II. Rubr. 126. — „Uxor mariti defuncti praeferatur Fisco in successionem hereditatis quondam ejus mariti."

9) Lib. II. Rubr. 29. De heredibus et hereditate debitoris conveniendis. — Major masculus annorum 18, cui de jure hereditas, vel bonorum possessio, vel successio aliqua ex testamento vel ab intestato delata fuerit, qui quomodocumque possederit vel tenuerit post 15 dies a morte defuncti hereditatem praedictam — —, licet bona ipsius hereditatis evixerit seu deseruerit, hereditatem ipsam adivisse et successionem agnovisse intelligatur, et tanquam ex vera agnitione, ut verus successor sit obnoxius omnibus hereditariis oneribus, et ad legata et fideicommissa et credita effectualiter realiter et personaliter conveniri possit. Der Begriff der Römiſchen Univerſalſucceſſion iſt hier alſo vollkommen anerkannt.

Digitized by Google

wenn ſie die Erbſchaft in Beſitz genommen haben, von den Gläubigern oder Legataren requirirt werden, ob ſie zahlen wollen, wo nicht, ſo ſollen ſie innerhalb eines Monats den Beſitz der Erbſchaftsſachen aufgeben. Werden ſie nachher doch im Beſitze gefunden, ſo gilt dies als gültige Antretung [10]). Ebenſo iſt dies bei allen Frauen über 16 Jahren. Sodann wird die Zuläſſigkeit der **hereditatis aditio** durch Stellvertreter ausdrücklich anerkannt [11]). — Wenn aber der Berufene nicht in der beſprochenen Weiſe aus eigenem Antriebe den Beſitz ergreift (**pro herede gestio**), oder **per se** oder **per procuratorem** durch eine Erklärung **successionem agnoverit** (**her. aditio** i. eng. S.), ſondern ſich erſt von den Gläubigern oder Legataren belangen läßt, ſo ſoll er vom Richter citirt werden, und innerhalb fünf **dies utiles** verpflichtet ſein zu erklären, ob er Erbe ſei oder nicht (alſo ein ſehr verkürztes **spatium deliberandi**). Falls er läugnet, daß er Erbe ſei, ſo hat er Caution zu ſtellen, welche er verliert, wenn der Gegenbeweis geführt wird; wenn er aber auf die Citation gar nicht erſcheint, ſo wird er nach nochmaliger Friſt von drei **dies utiles** öffentlich zum Erben ausgerufen [12]). — Außer den Creditoren und

---

10) eod. — Quilibet masculus sexdecim annorum usque ad aetatem annorum 18 completorum, cui de jure defertur hereditas, bonorum possessio vel successio ex testamento vel ab intestato, si tenuerit vel possederit hereditatem successionem vel bona ipsius — —, et a creditore vel legatario requisitus, quod debitum vel legatum solvat, aut successionem et bona praedicta dimittat, cessaverit solvere, aut possessionem vel detentionem ipsorum bonorum dimittere infra mensem a die aquisitionis — —, intelligatur omnibus oneribus — solvendis ut verus successor obligatus etc.

11) eod. — Quicumque tanquam heres vel successor, etiam si mulier fuerit, per se, vel per procuratorem, tutorem, curatorem vel actorem, hereditatem vel successionem agnoverit, vel jura hereditaria cesserit per instrumentum, scripturam seu acta publica, tanquam verus successor omnibus debitis legatis et fideicommissis et oneribus hereditariis sit effectualiter obligatus, et personaliter, ut heres conveniri possit, etiam citra pronuntiationem quod fuerit heres. ſ. §. 169. am Ende.

12) eod. — Et si negaverit se heredem vel successorem fore

Digitized by Google

Legataren kann aber auch noch der Fiskus den berufenen Erben, wenigſtens die Agnaten bis zum achten Grade, welche **ab intestato** gerufen werden, in eine Deliberationsfriſt von einem oder zwei Monaten zwängen [13]).

Wir finden hier alſo freilich ganz beſondere Friſtbeſtimmungen und überhaupt mancherlei particuläre Eigenthümlichkeiten, aber ſoviel geht doch aus dem Mitgetheilten zweifellos hervor, daß der Begriff der Römiſchen Univerſalſucceſſion ganz ins Rechtsleben übergegangen iſt, daß aber **heres, bonorum possessor** und **successor** nicht bloß, wie im Römiſchen Recht, nach erworbenem Erbrecht materiell ſich gleich ſtehen ſollen, ſondern auch in Beziehung auf die Erwerbung ihres Rechts kein Unterſchied mehr unter ihnen ſein ſoll. Sehr deutlich erkennen wir hier die civile **her. aditio**, welche die allgemeine Erwerbart alles Erbrechts geworden iſt, und um keinem Zweifel Raum zu laſſen, hat man noch eine beſondere Stelle eingerückt, die offenbar darauf deutet, daß die Prätoriſchen Agnitionsregeln des Römiſchen Rechtes nicht gelten ſollen [14]).

---

omnibus juris remediis, illico ad instantiam petentis satis dare cogatur — — de ea quantitate, quae arbitrio judicis videbitur, — quae non excedat libr. 500, in qua condemnetur talis negans, si probatum fuerit ipsum esse heredem, vel successorem universalem, vel bonorum possessorem. Si vero requisitus — non comparuerit — prius ultra assignato termino trium dierum utilium per praeconem in publico bannimento pronuntietur ex contumacia heres, bonorum possessor vel successor per judicem causae supradictae, et tali pronunciatione facta contra eum procedatur, tanquam contra heredem vel bonorum possessorem etc.

13) Lib. Rubr. 126. — Et idem jus servetur, et eodem modo succedat dictum commune, si praefati conjuncti infra octavum gradum dicto defuncto ab intestato, cives interrogati infra mensem unum, comitatini infra duos menses interrogati per judicem rationem praedicti communis repudiaverint dict. hereditatem et successionem, et recusaverint se esse heredes, vel infra praefatum terminum postquam notificatum fuerit eis per judicem non apprehenderint dictam hereditatem.

14) Lib. II. Rubr. 29. — Nullus vero ex impetratione vel concessione alicujus licentiae ab aliquo officiali facta, qua aliquis tanquam successor patris vel avi vel alterius personae, vel per aequipollentia verba aliquid imploraret, intelligatur esse

Digitized by Google

§. 178. Dies Florentinische Recht ist nun allerdings ein Particularrecht, aber es wird doch daraus wenigstens schon so viel bewiesen, daß man damals entschieden und mit klarem Bewußtsein den Schritt gethan hat, welcher in der Fortbildung des Römischen Rechts so nahe lag. Indem man im Corpus juris die b. p. noch als geschlossenes System zu finden glaubte, hat man trotz dem, daß die Theorie sich vollkommen dabei vom Leben fern hielt, eine völlige Verschmelzung der b. p. und hereditas durchgeführt. Es fragt sich nun aber weiter, ob dies bloß als lobenswerthes Ergebniß eines einzelnen Particularrechtes zu behandeln ist, oder ob wir darin die Aeußerung eines allgemein verbreiteten Rechtsbewußtseins zu finden haben.

Jedenfalls sehen wir, daß Florenz nicht der einzige Ort gewesen ist, wo dieses Recht gegolten hat, denn in den Statuten von Brixen begegnen wir demselben ebenfalls [1]. Und es fehlen uns auch in der That die Beweise nicht, daß es eine allgemeine Rechtsüberzeugung in Italien war, bei der Anwendung des Römischen Erbrechtes seien die Prätorischen Erwerbsregeln ausgeschlossen. Von sehr großer Bedeutung ist in dieser Hinsicht wegen ihres Alters die Turiner Glosse. Hier heißt es in Nro. 318:

---

heres vel successor, talisque licentia vel impetratio in nullo eidem noceat.

1) Ich habe die Statuten von Brixen nicht selbst in die Hände bekommen können, aber Menoch Remedia adip. poss. referirt daraus (Rem. I. §. 28). Er citirt Statutum Brixiae 119 in civilibus sub Rubrica, quod solennitates bonorum possessionum, „quo cautum est, capaces omnes hereditatum et bonorum possessionum posse sine solennitatis praetoriae observatione consequi bonorum possessionem.“ Menoch bemerkt noch (Remed. IV. §. 330), man behandele überhaupt jedes statutum de herede disponens als auch beim bonorum possessor locum habens d. h. wohl: die b. p. wird immer stillschweigend mit verstanden, wenn vom heres die Rede ist, mit anderen Worten: die b. p. ist ganz mit der hereditas zusammengeschmolzen. — Ich habe leider bisher nicht Gelegenheit gehabt, die Italienischen Statuten genauer zu studiren. Für eine innere Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian, ein Werk welches ich später hoffe liefern zu können, sind sie von der größten Wichtigkeit.

Digitized by

Haec erat definitio heredis et bonorum possessoris, quod bonorum possessor, si non petierit a praeside, non fit, heres autem et sine petitione ex testamento fit heres; nulla autem modo est differentia.

Der Glossator kann hier nicht bloß der Meinung gewesen sein, welche wahrscheinlich Hugolinus in der §. 177. Note 4. mitgetheilten Stelle lediglich ausspricht, daß nämlich die Erbittung der b. p. nicht mehr vor dem competenten Richter, sondern vor jeder beliebigen Magistratsperson seit der l. 9. C. qui admitti geschehe. In einer anderen Stelle (Nro. 329.) ist nämlich hievon noch besonders die Rede:

Ante enim apud praetorem intrabant, et ab eo in bonorum possessionem mittebantur. Sed modo dicit, quoniam quocunque modo vel apud quemlibet judicem utpnta praesidem vel alium magistratum possit quis petere bonorum possessionem, dum tamen intra statutum tempus, et ostendat justum judicium sibi admittere in bonorum possessionem.

Der Glossator kennt also recht gut das freiere Justinianeische Recht, daß man ohne weitere Formalitäten (quocunque modo) und vor jedem beliebigen Richter z. B. dem praeses, die b. p. agnosciren durfte. Aber gerade die differentia des Erbittens vor dem praeses läugnet er nun auch in jener Nmr. 318; er muß also augenscheinlich unter modo hier etwas Anderes verstanden haben, als das Justinianeische Recht, welches er in Nmr. 329. mit demselben Worte bezeichnet, und es können daher die Worte: **nulla autem modo est differentia** nur ein noch späteres neueres Recht bedeuten, als das in Nmr. 329. angegebene [2]).

---

2) Die Erklärung von Schraber (in seiner Institutionenausgabe §. ult. de b. p.) scheint mir ganz unzulässig. Der Turiner Glossator spreche nämlich Nmr. 318 nur von der Aufhebung der formulae, im Uebrigen aber erkenne er in Nmr. 329 an, daß noch eine richterliche Agnition nöthig sei. Dies widerspricht geradezu den Worten, denn in 318 ist von Wortformalitäten gar nicht die Rede, sondern vom Erbitten vor dem Präses, und dies soll jetzt nicht mehr gelten.

Digitized by

Man muß nun aber fragen, welches wohl der Grund ist, auf den der Gloſſator dieſe Aufhebung aller Agnition und mithin die völlige Verſchmelzung von **b. p.** und **hereditas** ſtützt, und dabei kann man leicht auf den Gedanken kommen, daß es derſelbe falſche Grund ſei, welchen der Brachylogus ausdrücklich ausſpricht, nämlich durch die **Nov. 118.** ſei die ganze **b. p.** aufgehoben worden.

Dies läßt ſich weder beweiſen noch widerlegen, da der Gloſſator über den Grund ſeiner Aeußerung völlig ſchweigt. Aber wir wollen einmal annehmen, daß in der That dies die Anſicht der Turiner Gloſſe war, ſo verliert dadurch ihr Zeugniß keineswegs ſeine Bedeutung. Man ſcheint in der älteren Zeit vor den Gloſſatoren allgemein derſelben angehangen zu haben. Außer dem Brachylogus beſtätigen dies auch die Exceptionen des Petrus, worin lediglich vom Recht der Novelle die Rede iſt, und von **b. p.** weder bei der Inteſtat- noch in der teſtamentariſchen und notherbenrechtlichen Succeſſion irgend eine Spur ſich findet. Jedenfalls folgt daraus, daß, wenn man nun das Römiſche Erbrecht in der Praxis befolgte, natürlich nur die Grundſätze der **hereditas** zur Anwendung kamen.

Allerdings lag hier alſo ein theoretiſcher Irrthum vor, aber wir brauchen deßhalb noch keineswegs anzunehmen, daß dies der einzige Grund war, um die **b. p.** vom Leben auszuſchließen. Hat man doch, wie oben nachgewieſen iſt, ſchon in den Zeiten des **Breviarium Alaricianum** ſehr klar eingeſehen, daß die **b. p.** als ein formell ſelbſtändiges Syſtem ohne allen Schaden ganz abgeſchafft werden könne. Und ſo wird auch den Zeiten, von denen wir jetzt reden, wahrlich nicht zu viel zugemuthet, wenn wir bei ihnen dieſelbe Ueberzeugung vorausſetzen. Daß durch die Nov. 118. nichts z. B. in der teſtamentariſchen Succeſſion verändert ſein könne, war doch eigentlich zu leicht einzuſehen, als daß man auch damals eine formelle Aufhebung der ganzen **b. p.** darin hätte finden können. Die ganze Anſicht iſt alſo wohl nur ſo zu verſtehen, daß, da doch jedenfalls

Von jenen verborum formulae heißt es eben in Anm. 329, daß ſie bereits zu einer Zeit aufgehoben geweſen ſeien, als das Erbrecht vom Präſes noch beſtand.

Digitized by Google

durch die Nov. 118. die Hauptklassen der **b. p.** hinweggeräumt waren, man nun auch, von einem richtigen practischen Tacte geleitet, die übrigen geringen Ueberreste der **b. p.** als nach dem Sinn und Geist des späteren Novellenrechtes beseitigt ansah, und für sämmtliche Klassen, seien es civile oder Prätorische, nur eine Art des Erbschaftserwerbes annahm.

Sei dem wie ihm wolle, so bleibt doch, auch wenn die Ausschließung der **b. p.** lediglich aus einem Irrthum hervorging, stets das practische Resultat, daß man das Römische Erbrecht anfangs nur mit den Delations- und Acquisitionsgrundsätzen der **hereditas** recipirte. Freilich erkannten nun die Glossatoren sehr leicht die theoretische Unrichtigkeit jenes Satzes, und Azo verfehlt deßhalb nicht, ihn stark zu tadeln. Aber eine ganz andere Frage ist, ob diese theoretisch bessere Einsicht alsbald auch auf die Praxis zurückgewirkt, und ob man sich beeilt habe, nun sogleich im Rechtsleben für die wenigen Fälle der s. g. **b. p. necessaria** den Erwerb des Erbrechts wieder an die Agnition der **b. p.** zu knüpfen. Jedenfalls mußte doch jetzt, wenn man auch anfangs lediglich aus Irrthum gehandelt hatte, die Ueberzeugung schon aus dem bisherigen Rechtsleben hervorgehen, daß man der Prätorischen Agnitionsregeln gar nicht bedürfe, daß die Delations- und Acquisitionsgrundsätze der **hereditas** vollkommen genügten.

Und so finden wir denn auch in der That gar keine Spuren von der Aufnahme der **b. p.** als eines der **hereditas** geschlossen gegenüberstehenden Systems. Im Gegentheil ist als wichtiges Zeugniß der damals herrschenden Rechtsansicht anzuführen, daß im Canonischen Recht von **b. p.** gar nicht die Rede, vielmehr lediglich vom **heres, hereditas, hereditatis aditio, pro herede gestio** gesprochen wird [3]). Und außerdem haben wir ja schon in jenen oben angeführten Parti-

3) heres und hereditas c. 3. 5. 6. 12. X. de testament. (III. 26). In c. 18. eod. kommt auch die hereditatis aditio vor. — c. 1. de succ. ab int. (III. 27) — c. 1. qui fil. sint leg. (IV. 17) — „in bona paterna hereditario jure succedere." c. 2. eod. — „paternam hereditatem petere" und „se heredem gerere" c. 3. eod. — „de hereditate — — jure successorio vindicare." c. 5. eod. — c. 6. 8. 9. 10. eod.

Digitized by Google

cularrechten Beiſpiele kennen lernen, wie klar man ſich die Hinwegräumung der b. p. aus dem Erbrechte zum Bewußtſein brachte. Freilich ſind es Particularrechte, aber die bisher angegebenen Gründe führen darauf, daß ſie nur Ausflüſſe und ſpecielle Geſtaltungen des allgemein herrſchenden Rechtsbewußtſeins waren. Und wenn auch die Statuten, in denen wir dieſe Particularrechte finden, erſt einer ſpäteren Zeit angehören als von der hier die Rede iſt, ſo würde es doch ſehr gewagt ſein, daraus zu ſchließen, daß wir hier neues erſt durch die Statuten eingeführtes Recht vor uns hätten. Die Theorie der ſpäteren Zeit iſt es wenigſtens, wie wir gleich ſehen werden, jedenfalls nicht geweſen, welche ſolche ſtatutariſche Beſtimmungen hervorgerufen hat.

III. Das vierzehnte und funfzehnte Jahrhundert.

10. Cinus Comment. in Codicem. (Francof. ad *Moen.* 1578) ad tit. qui admittti. und unde legit.
11. Bartoli a Saxoferr. Comment. in Codicem (Basil. 1588) ad tit. qui admitti u. unde legit.
12. Baldus in Codicem (August. Taurinorum 1576) ad tit. qui adm. u. unde legit.
13. Bartolom. de Saliceto ad Codicem. (Ausgabe der Baſeler Bibliothek ohne Titel mit hübſch gemalten Anfangsbuchſtaben hinter jedem Abſatz ſteht der Name Salic.) ad tit. qui adm. etc.
14. Raphael Fulgosius ad Cod. (Lugd. 1517) ad tit. qui adm. u. unde legit.
15. Paulus de Castro super Codic. (cum Repertorio v. Henricus Ferrandat Nivernensis. ohne Jahr) ad tit. qui adm. u. unde legit.
16. Alexander ab Imola (Tartagnus) super Codice. (Ausgabe von Joannes Crispinus. Lugduni 1535) ad tit. qui admitti.
17. Andreas Barbatias. sup. Rubr. C qui admitti. *Repetitionum* seu Commentariorum jur. civ. Vol. VIII. fol. 22—41. Lugd. apud Hugonem a Porta et Ant. Vincentium 1553).
18. Jason ad Codicem. (Venetiis ed. Philipp. Pincius Mantuanus 1514) ad Rubr. C. qui admitti und ad l. 5. C. unde legit.
19. Jacobus de Nigris sup. Rubr. C. qui admitti (in der unter Nr. 17 citirten Ausgabe fol. 42—47).
20. Hubertinus Zuchardus (ebendaſ. fol. 47—54) sup. Rubr. C. qui adm.
21. Sebastianus Sapia (ebendaſ. fol. 55. 56) sup. Rubr. C. qui adm.

Digitized by Google

22. Signorolus de Homodeis (ebendaſ. fol. 56—60) sup. Rubr. C. qui adm.
23. Bulgarius de Bulgariis (ebendaſ. fol. 60–68) ad l. l. C. qui adm.
24. Nicolaus Belloni (Casalensis) Profeſſor in Academia Dolana in Burgund. Tractatus in Rubr. C. qui admitti. Basileae 1544.
25. Jo. Ronchegallus, Ferrariensis, in tit. Instit. de bon. poss. Interpretatio. Florentiae 1548. (136 große Folioſeiten).
26. Camillus Plautius. ad Rubr. et ad l. l. C. qui admitti ad b. p. Commentaria. (Florentiae 1572. ein Octavband).
27. Vaconii Declarationes III. 18. num. 105. 106. (Venet. 1584. p. 135).
28. Petr. Ricciardi. Comm. in subtiles ac admodum illustres materias de bon. possessionib., de legat. et de legator. ademt. (Carmagnoliae ap. Ant. Bellonum. 1586. Von der b. p. handeln die erſten 105 Folioblätter).

§. 179. A. Literärgeſchichte. Ich faſſe in dieſem Abſchnitte die Theorie zuſammen, welche im vierzehnten und fünfzehnten Jahrhundert in Italien die herrſchende war. Italien war damals noch der faſt ausſchließliche Sitz des Römiſchen Rechtsſtudiums, und von Juriſten anderer Länder iſt in unſerer Lehre wenig zu ſagen. Dies änderte ſich weſentlich im dann folgenden ſechzehnten Jahrhundert, und die Literatur gewann dadurch einen vielfach anderen Charakter. Aber in Italien arbeiteten doch Viele ſehr erklärlicher Weiſe auch jetzt noch in der Weiſe der vorhergehenden beiden Jahrhunderte fort; weßhalb ich denn dieſe geiſtloſen Epigonen am Paſſendſten ihren geiſtloſen Vorgängern anreihen konnte.

Daß von dieſer ganzen Zeit nicht viel Gutes zu ſagen iſt, wird jeder, der im Allgemeinen die Literatur kennt, ſchon von vorn herein wiſſen. In der Lehre von der b. p. aber haben die Entartungen der Literatur einen beſonders hohen Punkt erreicht. Es war natürlich an genauere hiſtoriſche Unterſuchungen, die nun einmal in unſerer Lehre vorzugsweiſe nicht umgangen werden können, gar nicht zu denken. Aber man entfernte ſich nun auch immer mehr von einem eigentlichen Quellenſtudium ſelbſt des Juſtinianeiſchen Rechtes, man beſchränkte ſich auf die Erklärer des Römiſchen Rechtes, gloſſirte die Gloſſatoren, gloſſirte dann wieder die Gloſſatoren der Gloſſatoren,

Digitized by Google

namentlich **Bartolus und Baldus**, und schritt so in der Entfernung von der eigentlichen Quelle immer weiter fort. Schon aus den Orten, an denen die **b. p.** abgehandelt wurde, ist dies ersichtlich. Die Glosse hatte zufällig das Allgemeinere unsere Lehre zu Anfang des Codextitels **qui admitti**, und **l. ult. C. unde legitimi** bemerkt. Deßhalb ließ man in den Pandektencommentaren die **b. p.** meistens ganz unberücksichtigt, weßhalb die Erklärungen des **Infortiatum** regelmäßig mit dem 36. Buche (**ad Sc. Trebell.**) schließen; und entwickelte sie in den Codexcommentaren an jenen beiden Stellen. Den ersten Theil nannte man: **ad Rubricam C. qui admitti**, und so gelangte man denn auch bald dazu, eigene monographische Darstellungen der Lehre unabhängig von einem Commentare des Codex unter demselben Titel herauszugeben. Doch waren diese noch immer kürzer gehalten, und mehr in dem Character von Bruchstücken eines größeren Codexcommentares.

Ronchegallus bemerkte dies, und meinte deßhalb, diese Lehre bedürfe sehr einer weitläuftigen Bearbeitung wegen der **paucae ac leves admodum veterum quorundam, quas habemus, enarrationes.** Von den Neueren habe sich noch Niemand an diese Arbeit gemacht. Das Buch, was nun Ronchegallus lieferte, scheint so viel Anklang gefunden zu haben, daß es in Camillus Plautius und Ricciardi noch wieder Nachfolger gleichen Charakters hervorrief, und so besitzen wir denn in den Werken dieser Schriftsteller die drei größten Monographieen, welche unsere Lehre bis in die neusten Zeiten aufzuweisen hatte. —

Nach diesen Vorbemerkungen über die äußere Gestalt der Literatur müssen wir uns etwas genauer auf die Charakterisirung der einzelnen Schriftsteller einlassen. Dabei haben wir zuerst den **Cinus** von der ganzen übrigen Literatur dieser Periode zu trennen. Des Cinus Darstellung ist klar, ohne dialectische Spitzfindigkeit, und enthält mancherlei neue Ansichten. Das Neue ist meistens von **Jacobus de Ravanis** [1],

---

1) **Petrus de Bellapartica**, den Cinus in seinem Codexcommentar auch noch viel citirt, ist für unsere Lehre unbedeutend. Er handelt

dem wir in dieser Lehre das Lob eines durchaus gesunden Scharfsinns geben müssen. Ich will nicht läugnen, daß dieser Ultramontane (wie man ihn damals in Italien nannte) oft in verkehrter Weise seine Dialectik angebracht hat, aber wir finden doch auch Ansichten von ihm aufgestellt, die vor allen den Theorien, welche von jetzt an herrschend wurden, sich sehr vortheilhaft auszeichnen [2]). Cinus hebt es mit genügender Lobpreisung hervor, wie viel er zur Aufklärung der Lehre gethan habe;

---

auch von der b. p. in einigen Repetitionen, welche sich in der Ausgabe von Polantus Frankfurt 1571 (s. Savigny Gesch. VI. S. 29 Nr. 2.) finden. Diese Ausgabe ist auf der Baseler Bibliothek.

2) Ich will einige Beispiele anführen. Nach der älteren Ansicht ist die b. p. litis ordinandae gratia bloß das Zeichen der angestellten Querel. Et ita dicunt, sagt Cinus, antiqui et moderni de hac b. p. nullo excepto, nisi solo Jaco. de Raven. cum his qui sequuntur eum, qui dicunt totum aliter. Es sei nämlich dies die vorgängige b. p. unde liberi, indem der Prätor verlangt, daß der, welcher die Querel anstellt, sich vorher ligaret hereditati; da dies aber bei dem emancipatus durch die her. adit. nicht möglich sei, so habe der Prätor als Surrogat diese b. p. eingeführt. Voluit Praetor, quod filius volens querelam intentare, agnoscat b. p., ut ostendat se velle agnoscere hereditatem. — Ferner bemerkt Jac. de Rav. die b. p. c. t., die für den emancipatus eine necessaria sei, wäre auch für den suus (institutus) von Nutzen, weil er weniger Legate zu zahlen habe. — Die b. p. ut ex legibus, welche die damaligen Juristen so viel beschäftigte, beurtheilt er ebenfalls ganz richtig. Er verwirft alle Fälle, die man als Beispiele derselben angeführt hatte, und schließt dann, es gebe gar keine quae sint apud nos, sed forte in Graeco. — Ich will nur noch eine Ansicht anführen, die ebenfalls von Scharfsinn zeugt: Wenn aus der vorhergehenden Klasse Jemand als necessarius oder voluntarie Erbe geworden sei, und dann das beneficium abstinendi benutze, oder in int. restituirt werde, so könne die folgende Klasse nicht jure civili, sondern nur jure Praetorio gerufen werden (also die b. p. sei necessaria), weil der Prätor non potest facere desinere heredem. Deßhalb sei keineswegs, wie man allgemein sage, die b. p. unde liberi, legitimi und cognati eine bloß utilis, wofür sich Cinus wieder auf Ravanis beruft. Cinus legt auf diese Ansicht ganz besonderes Gewicht. Videant ergo advocati, sagt er bei Gelegenheit der l. 1. C. unde liberi, et alii qui non curant de hac l. magnum effectum ejus. Von den Gegnern heißt es: sed quotquot fuerint, etiam si mille hoc dixissent, omnes erraverunt.

Digitized by Google

hic est finis hujus tractatus, ſagt er, **qui tam a nostris Glossatoribus, quam etiam a Rofredo fuit erronee traditus. sed per me Cynum de Pistorio in lucem veritatis eductus.** Aber auf die folgenden Schriftſteller hat er dennoch gar nicht eingewirkt. Es wurde eine Art Modeſache, ſich gegen die Ultramontanen zu erklären, und bald vergaß man ſie ganz.

Statt deſſen wurden **Bartolus** und **Baldus** die Helden, unter deren Fahne man ſich begab, und deren Manier man in der Folge noch zu überbieten ſtrebte. Bartolus iſt noch nicht ſo weitſchweifig, und läßt ſich noch mehr auf Interpretation der Stellen ein, als ſeine Nachfolger. Aber man erkennt faſt in jedem Worte, abgeſehen von dem, was ſchon durch die Gloſſe hervorgerufen wurde, die Anſichten und Controverſen, welche die folgende traurige Zeit beſchäftigen. Die große Autorität des Bartolus war der Grund, daß man über alle ſeine Anſichten weitläuftige Expoſitionen gab, wobei denn eben Controverſen ſich ganz von ſelbſt entwickelten. — Bei **Baldus** [3] findet ſich ſchon eine weit ſchwerfälligere Argumentation als bei Bartolus. Es werden pedantiſch immer die einzelnen Punkte genau abgezählt, und bei der Erörterung der Gegengründe vorangeſtellt (**videtur quod sic**), was ſich denn die Folgenden ſehr zum Muſter nahmen.

Mehr oder minder in derſelben Weiſe gehen die Schriftſteller fort, die ich unter der Nmr. 13—18 angeführt habe; Jeder freut ſich, wenn er zu den bisher ſchon in dieſer Lehre gangbaren Schulfragen, die immer wieder durchgeſprochen werden, eine oder einige neue (ſ. g. **notabilia**) hinzufügen kann, die nun wieder von den Folgenden begierig als Zankapfel aufgegriffen werden, um daran die ſpitzfindigſten Argumentationen

---

3) Probe ſeiner Argumentation: Bei der Frage, **quot sint b. possessiones**, könnte man die Eintheilung in **edictalis** und **decretalis** gebrauchen wollen. Dagegen ließe ſich freilich ſagen, daß das doch immer eine und dieſelbe b. p bedeute. Aber richtiger ſei es doch, ſie als zwei verſchiedene Arten darzuſtellen, **nam resolutio ostendit nobis diversitatem rerum, sicut Philosophi dicunt, quod resolutio in elementa dedit nobis cognoscere, quod qualitates elementorum sint in mixto; video enim resolvi edictalem et non decretalem, ergo non sunt idem.**

Digitized by Google

zu knüpfen. Salicetus giebt uns bei Gelegenheit der b. p. eine Probe ſeiner rechtsgeſchichtlichen Kenntniſſe [4]), hat aber dabei doch wieder einzelne geſunde Gedanken [5]). Raphael Fulgoſius iſt in unſerer Lehre unbedeutend, er citirt ſehr ſorgfältig die Literatur, und auch hier äußert er ſeinen ſtrengen Autoritätsglauben, auf den ſchon Savigny aufmerkſam gemacht hat [6]). Paul de Caſtro bringt zuerſt die Frage auf, daß der Prätor nicht **per prius, wohl aber per posterius: jus** machen könne (ſ. d. folg. §.). Alexander Tartagnus

---

4) Als Einleitung zur l. 3. C. unde lib. ſagt er: Praemitto, quod posteaquam rerum dominia de jure gentium fuerint distincta, gradus et posteritates fuerunt inventae. Et in illis bonis deficientes sui posteros habebant successores, ut colligitur in Genesi. Postea supervenit regnum Lacedaemoniorum, qui leges civiles fecerunt, per quas patriam potestatem et ejus operationes et effectus invenerunt. Et statuerant, quod filii in potestate essent parentibus heredes inviti, et appellabantur sui et necessarii heredes. — — Et haec capitula incerta (inserta) erant inter capitula legis XII. tab., quam ipsi tradiderunt legatis Romanorum. Post haec aucto regno Romanorum ipsi Romani sibi elegerunt praetorem, qui ex potestate sibi tributa inter cetera providit, ut haberent beneficium abstinendi. Similiter providit, quod omnes de linea agnationis usque ad decimum gradum, et linea cognationis usque ad septimum gradum de capite in caput et gradatim venire possent ad successionem ab intestato per ejus b. possessiones, de quibus in istis titulis. Et quod primum caput est liberorum, ideo de illo praemisit in hoc titulo; et post absentiam, quam praetor sibi concessit, supervenerunt constitutiones principum, quae specifice idem beneficium abstinendi concesserunt. Et fuit suis utile, quod beneficium Praetoris erat annale, ut etiam alia; principis vero et alterius juris civilis est perpetuum.

5) z. B. führt er aus, die b. p. litis ord. gr. ſei unpraktiſch, da man ſie dazu eingeführt habe, um dem emancipatus, der dem jus civile incognitus war, zur Querel zuzulaſſen. Dieſe ratio ſei aber weggefallen, ſeit durch die Nov. 118. der emancipatus mit dem suus gleiche Stellung bekommen habe. Unde dicendum videtur, quod ex quo jus civile eum cognoscit sine praetoris remedio ad querelam inofficiosi, quae est ex jure civili, ipso jure admittitur. — Die Späteren haben dies unberückſichtigt gelaſſen.

6) Er ſagt z. B. Tamen sententia Baldi sequenda est propter ejus autoritatem, et nullus contradicit.

Digitized by

hebt die Frage hervor, welche schon Joh. Faber berührt habe; ob auch in der Anstellung der **her. pet. poss.** die Agnition der **b. p.** liege. Andreas Barbatias hat für die Folgenden eine gewisse Rolle gespielt, indem er sogar zwei neue Fragen aufbringt, deren sich sogleich Jason zu weiterer Erörterung bemächtigt, nämlich ob der **b. possessor** sich bei der Agnition legitimiren müsse, und ob wer **agnovit, praesumatur tempore congruo agnovisse** (**nova et inaudita quaestio** sagt Jason). Jason fängt nun bei der letzteren gleich wieder an zu unterscheiden; ob die **b. p.** nach einem ordentlichen Streit und **causae cognitio** ertheilt worden sei oder nicht. Im letzteren Falle müsse der Agnoscirende beweisen, außer wenn er **in possessione** sei. — Uebrigens ist Barbatias gänzlich unbedeutend, er zeigt sich sehr gottesfürchtig, demüthig und unterwürfig, redet immer den Herzog an (ich weiß nicht welchen), und mischt überhaupt alles mögliche Fremdartige ein. Jason ist nicht viel besser, das ihm Eigenthümliche ist, daß er zuerst anfängt, die singulären **differentiae** zwischen **hereditas** und **b. p.** aufzuzählen, was dann die Folgenden so sehr beschäftigt hat.

Ungefähr mit Jason hat, wenn ich so sagen soll, dies Schaffen des Materials in unserer Lehre ein Ende; d. h. die einzelnen Fragen, die sich von Zeit der Glossatoren her gebildet hatten, und um die sich die Literatur mit Hintansetzung der eigentlichen Quellen, drehte, waren jetzt ziemlich abgeschlossen. Die nachfolgenden Schriftsteller erscheinen noch schwächer an Kraft, indem sie nur an diesem ihnen überlieferten Material herumzerrten, und es so viel wie möglich in die Breite zogen. Nur in dieser Kunst des Weitläuftigermachens zeichnen sich unter allen Genannten die drei Monographieen des Ronchegallus, Camillus Plautius und Ricciardi wieder besonders aus, zur wirklichen Erklärung der Lehre konnte bei so willkührlicher Basis natürlich Nichts geleistet werden.

§. 180. Ich habe bisher von der äußeren Gestalt der Literatur, und dem Charakter der einzelnen Schriftsteller gesprochen; ich muß jetzt weiter auf den Inhalt der vor uns liegenden Werke, und die Fragen, mit denen man sich damals beschäftigte, eingehen. Dabei aber kann ich es der Geduld

Digitized by Google

meiner Leser nicht zumuthen, daß ich die vollständigen vor mir liegenden Excerpte von Allem, was jeder einzelne Schriftsteller gesagt hat, hier mittheilte. Was mir von der Persönlichkeit eines Jeden zu bemerken der Mühe werth schien, habe ich im vorigen §. bereits angegeben, und im Uebrigen kann ich den, der noch genauer sich dies vergegenwärtigen will, auf die citirten Werke selbst verweisen. Ich gebe daher im Folgenden weniger mit Rücksicht auf die einzelnen Schriftsteller nur einen Gesammtüberblick über die Gegenstände, welche man damals besprochen hat [1]).

1. Viele Schriftsteller beginnen die Lehre mit der Entwicklung, weßhalb sie in den Quellen an dem ihr angewiesenen Platze stehe, (die s. g. **Continuatio**) sodann bildet bei Allen die erste Hauptfrage die Untersuchung des Ursprungs und Begriffs der **b. p.** In Beziehung auf den Ursprung werden die prätorischen Correctionen und Emendationen aufgezählt, bei den confirmatorischen Theilen der **b. p.** aber machte man sich große Schwierigkeiten durch das Bedenken, wie denn der Prätor das Civilrecht noch habe bestätigen können, da dieses doch schon in sich selbst Kraft genug gehabt habe.

2. Die Darstellung des Begriffs der **b. p.** knüpfte man an die Ulpianische Definition in **fr. 3. de b. p.** Hier heiße es, sie sei ein **jus persequendi.** Dadurch entstand gleich eine weitläuftige Frage, ob die **b. p.** ein **factum** oder ein **jus** sei. Für Letzteres entschied man sich meist [2]), übri-

1) Eine kurze übersichtliche Zusammenstellung, die freilich weder rücksichtlich der Schriftsteller noch der Gegenstände vollständig ist, findet man auch bei **Fachinaeus Controversiae XIII. cap. 29.** (Colon. Agripp. 1649). Uebrigens citirt dieser noch einige Schriftsteller, die im obigen Verzeichniß nicht mit angeführt sind, nämlich **Decius** (den ich nicht gelesen habe), **Cagnolus** (von dem mir das in Basel gemachte Excerpt jetzt in Rostock abhanden gekommen ist) und **Rim. Jun.** (dessen Persönlichkeit ich nicht kenne). Ein Anderer, den ich als **Nic. de Mat.** bei Alexander Tart. citirt gefunden habe, wird wohl Nicolaus Matarellus sein (Savigny Gesch. V. S. 382), dessen Schriften mir aber ebenfalls unbekannt sind.

2) Ricciardi führt 17 Gegengründe an, welche weitläuftig widerlegt werden. Darunter kommt vor: **jus est ars boni et aequi**, und das sei doch die b. p. nicht, also könne sie kein jus sein. Einen

Digitized by Google

gens gebe es **bonorum possessiones**, welche **jus in proprietate et possessioue**, und andere, welche bloß **jus in possessione** gewährten (**Carb. und ventr. nom.**). Dabei erhob sich dann aber eine große Controverse, ob das reine **factum: possessio bonorum** heiße, oder ob **p. b.** und **b. p.** einerlei sei. Jene Ulpianische Definition sei indessen, meinte man, unvollständig, es sei zu dem **jus persequendi** hinzuzudenken: **Praetorium**, wobei denn wiederum ein mächtiger Streit entstand, ob es nicht doch ausnahmsweise eine **b. p. de jure civili** gebe, und ob darunter die **b. p. ex legibus** gehöre [3]).

Bei der Untersuchung über die Rechte der **b. p.** wurden sodann die Juristen auf die Frage geführt, warum der Prätor nicht **directo heredem facere possit?** Man machte sich hier vielerlei Bedenken, z. B. der Prätor sei doch die **viva vox jur. civ.**, wenn nun also die **mortua vox** (d. h. die **lex**) **heredem facere potest**, warum denn nicht *auch* die **viva?** Paul de Castro führte diese Frage auf die andere zurück, ob (wie man sich ausdrückte) der Prätor **per prius** (d. h. gleich durch Erlassung des Edictes) oder bloß **per posterius legem facere possit**, d. h. ob erst hinterdrein noch eine civilrechtliche Anerkennung hinzukommen müsse, damit es eine **lex** sei. Hierüber ist sehr viel gesprochen worden.

---

anderen (die Definition passe auch auf die hereditas, welche ebenfalls ein **jus succedendi** sei) löst Bartolus so: **hereditas est successio, b. autem p. est jus succedendi.** Ricciardi meint, die **hereditas** sei nicht so zu verstehen, wie die **b. p.**; denn: **hereditas nondum adita non est hereditas, et per consequens nec successio, et postquam est adita, non est amplius hereditas, sed efficaciter totum unum patrimonium.** Die **b. p.** aber sei schon vor der Agnition eine **b. p.** (**edictalis**). Doch sei das nur von der **b. p. in abstracto** zu sagen. Denn die **b. p. in concreto** sei vor der Agnition keine **b. p.** und nach der Agnition ebenfalls nicht mehr!

3) Bartolus bejahte dies, Baldus läugnet es: auch die **ex legibus** sei keine **ex jure civ.**, denn der Prätor imitire hier nur eine Bestimmung des Civilrechts, es sei also überhaupt die **b. p.** stets **de jure praetorio aut inventione, aut imitatione**, sie stehe daher immer unter den Prätor. Fristen und sei nicht perpetua. Ronchegallus sagt ähnlich: die **facultas agnoscendi** könne vom Civilrecht ausgehen, in Beziehung auf die **executio illius juris** sei sie **praetoria!**

Digitized by Google

3. Die Klage des **b. possessor** ist hauptsächlich die **her. pet. possessoria.** Von dem **Int. quor. bon.** als einer besonderen Folge der **b. p.** ist allgemein gar nicht die Rede, weil man dies Rechtsmittel, wie später noch genauer ausgeführt werden wird, von der **b. p.** ganz abgetrennt hatte. Jene **her. pet.** aber sei eine **utilis, ad similitudinem** der civilen eingeführte **actio.** Eine andere Frage sei aber, ob auch die einzelnen dem **defunctus** schon zustehenden Klagen für den **bon. possessor** ebenfalls nur **utiles** wären. Und dies hänge wieder damit zusammen, ob der **b. possessor** nur das **utile dominium** habe. Die Glosse hatte hier gesagt, dem **b. possessor** stehe das **utile dominium** zu, dies bedeutete aber durchaus nichts Anderes, als daß er nur die **utilis rei vindicatio** habe, ebenso wie die **utilis her. pet.** Bartolus unterschied dann weiter, ob der **b. possessor** zugleich **heres** sei oder nicht, in jenem Falle habe er das **dominium directum** [4]). Baldus faßte es wieder anders: der **b. possessor** habe freilich immer nur das **utile dominium,** aber dennoch eine **directa actio** [5]). — Nun stritt man sich in der Folgezeit, wer von diesen Recht habe, und fing denn auch an, einen inneren Grund für das **utile dominium** aufzusuchen. Baconius, dem Ricciardi beistimmt, stellt dafür folgende Sätze auf: dem Staat gehört an und für sich das **dominium directum.** Der Staat kann es nehmen und geben und deßhalb auch der **princeps.** Der Prätor ist aber Theil des Staats, und da er selbst nicht **dominus** ist, so kann er auch das **dom. directum** nicht übertragen. Da er aber das Recht hat, das **jus civile** zu verbessern, so kann er das **dominium utile** verleihen [6]). — Wir

4) Aehnlich hatte schon Dinus gesagt: directas eos habere, quando nemo est, apud quem esse possunt. s. d. Note des Contius zur Gloss. ad fr. 2. quor. bon. in der glossirten Ausg. v. Fehius.

5) ad l. 1. C. unde legit. sagt Baldus, der b. poss. habe allerdings die rei vind. directa für die einzelnen Sachen, licet ipsius universitatis non sit directo dominus sed utiliter; et est argumentum, quod singularia feuda, quae sunt in regno Apuliae, sint de directo dominio regis, licet ipsa major universitas, id est totum regnum, sit feudale ecclesiae.

6) Als die utilitas des Satzes, daß der b. possessor das dom. utile habe, wird von Ricciardi Folgendes angegeben: wenn er das dom.

Digitized by Google

vorherrschende Anerkennung gefunden. Ueber die Einführung der **cont. tab.** sagen Paul. Castr. (Decius) Ronchegallus, Ricciardi, sie sei um des **emancipatus** willen geschehen, und dann auf die **sui** ausgedehnt, um Allen ein gleichmäßiges Recht zu gewähren. Die dem **institutus** committirte **c. t. b. p.** gestanden sehr Viele auch zu, wenn der Präterirte **tacet**, weil die **edictalis**, also die **non agnita b. p.** committirt werde (Alexander, Jason, Paul. Castr.). Ja sogar auch wenn der **praeteritus** das Testament approbirt, so erhalte der **institutus** die **c. t.**, denn diese sei bereits ein **jus quaesitum**. In dieser Weise wurde noch viel anderes Falsche oder Unnütze vorgebracht, z. B. ob auch die Eltern eine **c. t.** gegen die Kinder hätten (was allgemein bejaht wurde), ob die **b. p. sec. tab. dignior sit** als die **c. t.** u. s. w.

Die **sec. tab.** beschäftigte die Gelehrten ebenfalls sehr viel, indem sie möglichst vollzählig die Fälle zusammenzustellen suchten, wo das Prätor. Recht vom Civilrecht *abweiche*, also wo die **b. p. necessaria** sei. Schon Baldus ist hierin sehr vollständig, er zählt zehn solcher Fälle auf.

Die **b. p. unde lib.** dehnte man ebenfalls wie die **c. t.** auf die Eltern aus, und stritt darüber, ob dies nun eine **b. p. unde liberi** oder **unde parentes** sei [8]). Bei der **unde agnati** nahm man allgemein eine Beschränkung bis zum 10ten Grade an.

So viel wird genügen, um den Charakter der damaligen Literatur anschaulich zu machen. Wenn man das, wovon wir heutzutage in der Lehre von der **b. p.** sprechen, mit den Verhandlungsgegenständen jener Zeit vergleicht, so muß man gestehen, daß hier zwei ganz verschiedene Lehren vorzuliegen scheinen. Man besprach damals, was heutzutage vergessen ist, und man richtet in unserer Zeit umgekehrt seinen Blick auf Dinge, von denen man damals kaum oder gar keine Ahnung hatte. Das Resultat solcher Vergleichung ist ein freudiges Gefühl, daß wir doch in gesunder Behandlung unserer Rechts-

8) Baldus fragt sogar, obgleich er es dann läugnet, ob es nicht auch eine **b. p. unde frater** und **unde fratris filius** seit der **Nov. 118.** gebe.

Digitized by Google

verhältniſſe und unſerer Quellen wahrlich auf einer anderen und beſſeren Stufe ſtehen, als die einſt ſo viel geprieſenen Gelehrten jener Zeiten.

§. 181. B. Zeugniſſe über das practiſche Recht. Hievon iſt in dieſer Periode wenig zu ſagen. Ich ſpreche noch nicht von den Rechtszuſtänden Deutſchlands, ſondern lediglich Italiens, wo die Mehrzahl der bisher angeführten Juriſten lebte. Man beſchäftigte ſich auch jetzt noch weitläuftig mit der Frage, die wir ſchon bei den Gloſſatoren haben kennen lernen, wann nämlich die **bon. poss. hodie necessaria**, und wann ſie bloß **utilis** ſei. Allein daß man unter dieſem **hodie** ebenſo wie früher nur das Juſtinianeiſche Recht verſtand, iſt auch für dieſe Zeit außer Zweifel [1]). Man verweitläuftigte auch dieſe Frage noch bedeutend, namentlich ſeitdem Baldus den Satz aufgeſtellt hatte, der dann ſo großes Glück machte, daß eine jede **b. p.** unter gewiſſen Vorausſetzungen **necessaria** ſein könne. So z. B. ſollte dies der Fall ſein, wenn der Berufene auf ſein **jus civile** verzichtet habe, ferner wenn das Civilerbrecht nach dreißig Jahren verjährt, das **utile tempus** der **b. p.** aber noch nicht abgelaufen ſei, und ſo noch in mehren Fällen, welche alle für die Folgenden ebenſoviele Streitfragen hervorriefen. Jedenfalls iſt daraus für die Beurtheilung des damaligen practiſchen Rechtszuſtandes, und die Frage, ob man die **b. p.** darin recipirt habe, gar nichts zu entnehmen.

1) Bartolus ad l. 5. C. unde legit. ſagt: es ſchienen die b. possessiones per nova jura sublatae, weil hodie die differentia emancipationis patriae potestatis agnationis et cognationis aufgehoben ſei; er läugnet dies dann, aber er ſpricht offenbar nur von der ſchon von den Gloſſatoren verworfenen Anſicht. Die nova jura ſind Nov. 118. — Cinus ſagt ad l. ult. C. unde legit. num. 12. bon. poss. in patronis et olim et hodie est necessaria secundum omnes. — Bei Jaſon iſt hodie gleichbedeutend mit: per jura authenticorum. — Ebenſo ſagt Salicetus, die b. p. c. t. ſei dem emancipatus praeteritus cum causa necessaria: „quod sic ut olim et eisdem competit, quibus olim, et sic sicut olim emancipato erat necessaria, ita hodie. Nec obstat, quod emancipati exaequantur hodie suis per aut. de her. ab int. §. nulla. — Solcher Stellen ließe ſich leicht noch eine große Zahl anführen.

Digitized by

Ein zweiter Punkt, mit welchem man sich damals auch noch vielfach beschäftigte, scheint schon näher darauf hinzudeuten. Bartolus brachte nämlich die Frage auf, ob auch das neuere statutarische Erbrecht der potestates in den einzelnen Staaten Prätorisches Recht sei, und also auch unter die Regeln von der Agnitions-Zeit und -Frist der b. p. falle. Baldus griff das gleich auf, und stellt diesen Fall mit unter die **bon. possessiones necessariae** [2]). In der Folgezeit hat man dann daraus eine sehr berühmte Controverse gemacht, und man muß es z. B. bei Ricciardi [3]) nachlesen, zu welchen Thorheiten man dabei gelangte. Es ist aber doch in der Hinsicht interessant, daß wir hier den ersten Versuch finden, das nationale Recht mit dem Römischen zu combiniren und unter gleiche Principien zu stellen, so verkehrt wir auch diesen ersten Versuch nennen müssen. Eine andere Frage aber ist, ob nun auch sogleich diese Controverse auf die Praxis Einwirkungen geäußert habe, was man glauben mögte, *wenn man bei* Cinus liest, wie er bei seiner Interpretation einer Stelle sogleich die Advocaten aufmerksam macht (§. 179. Note 2. am Ende), was doch vorauszusetzen scheint, daß damals neue Ansichten gar leicht in der Praxis Beachtung fanden.

Ich vermag nicht auf diese Frage zu antworten, aber wahrscheinlich scheint mir die eben angegebene Folgerung nicht. Des Cinus Worte kommen mir eher wie eine Wichtigthuerei vor, die wahrlich nicht hinreicht, um daraus zu schließen, daß die Advocaten sogleich Alles, was in der Theorie über die b. p.

---

2) Baldus ad tit. C. qui adm. num. 23. — Item si statutum Marchionis Marchiae vel Ferrariae, vel ducis Venetorum vel Genuae, vel decretum domini Paduani defert alicui successionem, est necessaria b. p., quia statutum Praesidis provinciae est jus Praetorium, quod non defert hereditatem etiam jure civili, sed demum per bon. possessionem quod est not. ut habes per Bartolum ff. ad l. 1. in fin. de b. p. Sed si fieret statutum a prioribus locorum statuentibus vice et nomine totius populi, licet cum praesidis auctoritate, esset jus civile, et ex eo posset perpetuo hereditas adiri.

3) Ricciardi in Rubr. de b. p. num. 93—127. Wie man diese Frage in Deutschland behandelt hat, werden wir in der folgenden Periode sehen.

Digitized by Google

Neues gesagt wurde, angewandt hätten. Und daß die Statuten einzelner Italienischer Städte, welche ich schon in der vorigen Periode angeführt habe, in directem Widerspruch mit jener Theorie stehen, brauche ich nicht weiter zu bemerken. Jedenfalls hat dieselbe auf die Behandlung des Erbrechtes in Deutschland, wie wir alsbald sehen werden, gar keine Einwirkung gehabt, wenn wir auch noch öfter die Schriftsteller der folgenden Periode darauf zurückkommen sehen.

III. Behandlung der b. p. seit dem 16. Jahrhundert bis auf unsere Zeit.

29. Zasius ad tit. D. de her. pet. poss. Oper. omn. Tom. I. Francof. 1590.
30. Alciati Paradoxa. II. 13. III. 2. 10. IV. Prooemium. cap. 1. 4. 6.
31. Oldendorp. Actionum forensium progymnasmata. (Op. tom. II. Basil. 1559) Class. I. act. 1. Class. V. act. 6.
32. Sichardus. Praelect. in Codic. (Francof. 1613.) ad tit. qui admitti.
33. Schneidewinus. Comment. in Instit. (Argentor. 1573.) ad tit. de b. p.
34. Mudaeus. Comment. in tit. lib. VI. Codicis. (Spirae 1601.) ad tit. qui admitti.
35. Contius Scholien zur Glosse (in der glossirten Ausgabe des Corp. jur. von Fehius).
36. Hotomannus. Comment. ad Inst. (Lugd. 1588.).
37. Donellus. Comm. de jure civ. (Francof. 1596.) Lib. VII cap. 14.
38. Cuiacius. Recitat. in Cod. ad tit. qui adm. et seqq. und Recitat. in tit. D. bon. poss. et seqq.
39. Ranchinus. Tract. de succ. ab int, in quo jus Gallicum cum Romano edocetur. Francof. 1601.
40. Giphanius. Explanatio in Inst. ad tit. de b. p. (Argent. 1610.) Explan. diff. et cel. leg. Cod. (Col. Planc. 1614.) ad l. 1. C. quando non petent.
41. Sc. Gentilis. de jurisdictione Lib. I. cap. 21—27. (Francof. 1601.).
42. Bocer. (resp. Seiferlin) de bon. possessionibus. Tübing. 1597.
43. Bachovius ad Treutlerum (Heidelb. 1618.) Vol. II. Disp. XV. de bon. possessionib. (resp. Elia Kraft, Gedanensi).
44. Berlich. Conclusiones practicabiles (Lips. 1654.) III. concl. 16 u. 26.

Digitized by Google

45. Brunnemann Comment. ad Pand. Wittenberg. 1731. ad tit. de her. pet. poss. de b. poss. et seqq.
46. Philippi Usus pract. Instit. Justin. (Lips. 1698.) Lib. III. eclog. 29. Lib. IV. ecl. 34.
47. Hahn ad Wesenbecium. (Francof. et Lips. 1706.) ad tit. de b. p. etc.
48. Schilter. Praxis juris Romani in foro Germ. Exerc. 15. §. 54 sqq. Exerc. 39. (Francof. 1733.).
49. Lauterbach. Colleg. theor. pract. ed. VI. 1784 ad tit. de b. p etc.
50. Müller ad Struvium. (Francof. 1692) ad tit. de her. pet. u. de b. p.
51. Vinnius Commt. in Inst. (Lugd. 1761.) ad tit. de b. p.
52. Wissenbach. Exercit. ad Pand. 1653. ad tit. de b. p. etc.
53 Perez. Praelectiones in Cod. 1651. ad tit. de sec. tab. b. p. et seqq.
54. Huber. Praelect. jur. civ. (Francof. 1749.) ad Inst. de b. p. ad D. tit. de her. pet. poss.
55. Gudelinus de jure novissimo. Antwerp. 1644. *Bugnyon* legum abrogatarum tract. c. additionibus auct. *Franc. Christyn.* (Bruxell. 1666.) I. c. 205. Groenewegen. de legib. abrog. in Holland. (Amstelod. 1669) ad tit. D. de b. p u. I. de b. p.
56. Voedt ad Pand. ad tit. de b. p.
57. Everard. Otto ad Instit. (ed. Iselius. Basil. 1760.) ad tit. de b. p.
58. Schacher Colleg. pract. (Lips. 1703.) ad tit. de b. p. etc.
59. Stryk Successio ab intest. Diss. IX. (1687.). — Usus modern. Pand. lib. 37. tit. 1. —
60. Hoppii Commentar. in Inst. (Francof. 1772. ed. Walch) ad tit. de b. p.
61. Berger. Oeconomia jur. Darmst. 1794. Lib. II. tit. 4.
62. Friess. (respond. Lehmann) de bon. poss. unde vir et uxor dissert. jurid. Lips. 1715.
63. Höpfner Commentar zu den Inſtitutionen §. 655. ff.
64. Koch. Bonorum possessio. Literariſches Teſtament nebſt Commentar, Reviſion und Codicill. Gieſſen 1799. — ſ. darüber Bd. I. Einl. S. IX.
65. Glück. Inteſtatſucceſſion. (2. Aufl. 1822.) S. 306—393. 534—543.
66. Ed. Gmelin de convenientiis et differentiis inter hereditatem et bon. possessionem. Götting. 1808.
67. Die neuere Literatur, abgeſehen von den Compendien, ſ. Bd. I. Einl. S. XXIII. ff.

§. 182. A. Literärgeſchichte. Während wir bis-

Digitized by Google

her vorherrschend mit Italienischen Juristen uns beschäftigt haben, sind es jetzt bei weitem der größeren Zahl nach Franzosen und Deutsche, welche die Literatur fortführen. Es ist dies auch zugleich die Zeit, in der sich das Römische Recht in Deutschland ansiedelte, zu Ende des funfzehnten und im sechzehnten Jahrhundert gelangte bekanntlich dessen Anwendung erst zu einer festen Gestaltung. Diese Periode ist daher für uns die vorzugsweise wichtige, wir haben zu prüfen, ob die uns hier interessirenden Theile des Römischen Erbrechts in Deutschland Eingang gefunden haben, oder nicht; wir haben vorher aber wiederum zuerst den wissenschaftlichen Werth der vor uns liegenden Literatur kennen zu lernen. Ich fasse für diese beiden Fragen die ganze Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert gleich in eine einzige Periode zusammen. In Beziehung auf die Dogmengeschichte ist bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts die Literatur durchaus gleichen Charakters, es würde also Willkürlichkeit sein, wenn wir nicht das 16., 17., 18te Jahrhundert in denselben Zeitabschnitt zusammenstellen wollten. Und damit schließe ich denn auch die Dogmengeschichte unserer Lehre, indem die seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts beginnende neue Periode, welche der historischen Untersuchung dieses Rechtstheils so förderlich gewesen ist, schon in der Einleitung des ersten Bandes vorausgenommen werden mußte.

In Beziehung aber auf die andere Frage von der practischen Geltung der b. p. würde es ganz unpassend sein, wenn wir die Zeit seit dem sechzehnten Jahrhundert bis auf unsere Gegenwart noch wieder in mehre Perioden theilen wollten. Wir werden nachher sehen, daß es eine einzige Frage ist, die sich nicht weiter trennen läßt, bei der wir also auch gleich die Literatur der neusten Zeit mit hinzuziehen werden.

Fassen wir also zuerst die Dogmengeschichte ins Auge. Wir können im Allgemeinen sagen, daß man in den drei vor uns liegenden Jahrhunderten in der Erklärung des Römischen Rechts weiter gelangte, als in der vorhergehenden Zeit. Es wehte doch schon ein weit besserer Geist, man wandte sich wieder zum Studium der Quellen selbst zurück, fing an sie mit gesundem Sinn zu interpretiren, und vergaß viele von den unnützen Controversen, welche die vorige Periode hervorgeru-

Digitized by Google

ſen hatte. Damit war ſchon viel gewonnen, aber es war die für unſere Lehre noch keineswegs genügend. Es läßt ſich nur einmal, wie ich ſchon öfter bemerken mußte, ohne die genauſten hiſtoriſchen Unterſuchungen nichts darin ausrichten. Es fehlten theils die Quellen, theils die Luſt, und ſo kommt es daß die Lehre von der b. p. doch nicht eigentlich vorwärts ſchritt. Erſt in der neueren Zeit iſt ſie wirklich weiter gebracht worden; ſo viel man auch über die Entſtehung und Ausbildung des Inſtitutes ſtritt, ſo gelangte man doch allmählig über das Eingreifen des Prätors in die Entwickelung des Römiſchen Erbrechts ſchon in vielen Punkten zur Klarheit. Aber auch die neuere Zeit war einſeitig, das Recht der ſpäteren Kaiſerzeit, das Juſtinianeiſche Recht, die Reception deſſelben in Deutſchland blieben ununterſucht, und ſo fehlte viel an einem vollkommenen Durchſchauen unſerer Lehre in den verſchiedenen Stadien ihrer Entwicklung. —

Einſtweilen hatte man im Anfange unſerer Periode ſchon viel gethan, wenn man unſere Lehre von den Auswüchſen der Italieniſchen Literatur reinigte, und Alciat gebührt das Verdienſt, zuerſt mit Kraft dagegen geeifert zu haben [1]). Man

1) In dem Prooemium zum lib. IV. der Paradoxa charakteriſirt er, als paſſende Einleitung zur b. p., ſehr richtig das Unweſen ſeiner Zeit: Inolevit apud nostros professores ea consuetudo, ut quotiescunque legem aliquam interpretentur, ex eadem quaedam pronunciata eliciant, quae notabilia dicuntur; tum ex iis ad Accursii mox Bartoli commentarios transeant, eosque referant, et ad verbum paene explicent; quem morem, tametsi pinguioris Minervae scholasticis non omnino inutilem credam, studiosis tamen nihil conducere arbitror: quod videlicet nimis longa haec interpretatio in causa est, ut integro anno sex. aut rursus totidem leges, et non eo amplius exponantur. — — quamobrem hinc factum est, ut cum ex plnribus responsis eadem notabilia colligantur, repetita toties crambe in causa sit, ut ingentia haec in jure civili volumina conscribantur: — — accedit his, quod barbaris vocibus maxima quaeque inculcantes, eademque saepius referentes, dum commentorum triplicationes quadruplicationesque et expositionum novas expositiones inducunt, ingentem librorum cumulum conficiunt; quodsi exemplo veterum scriberetur, quos interpretes vix capit bibliotheca, enchiridion comprenderet. Deum Opt. Max. testor, ea quae relaturi sumus, cum a me ex hac recentiorum consuetudine

Digitized by Google

kann aber doch nicht sagen, daß, wenn er es auch in der Form etwas besser macht, er doch in Bezug auf die Ansichten selbst Besseres auftischte, als die Uebrigen. Sichardus beschäftigt sich ebenfalls noch ganz mit den Controversen der Italienischen Juristen, aber seine Argumentation ist doch klar und recht gut, und auch er tritt gegen die bisherige Manier derb genug auf [2]). Auch Mudäus klagt darüber, wie die Definition des fr. 3. de b. p. lacerirt, und durch willkürliche Suppositionen angefochten werde. Bei ihm finden wir überhaupt zuerst völlige Freiheit von der Anschauungsweise der Italiener, die allmählig immer mehr vergessen wurden.

So schritt man denn allerdings fort zu einer strengeren und genaueren Berücksichtigung der Quellen, worin namentlich Cujacius und Donellus am meisten hervortreten. Beiden fehlt freilich tiefere historische Untersuchung, und umgekehrt auch wieder eine gehörige Berücksichtigung des practischen Rechts. Dafür war damals noch nicht die Zeit. Aber ihr scharfes Quellenstudium bringt sie schon zu weit reineren Ansichten, wenn auch nicht gerade über die leitenden Grundsätze des ganzen Systems der b. p., so doch wenigstens über einzelne Theile derselben. In dieser Hinsicht ist besonders die Darstellung des Cujacius von der contra tab. b. p. hervorzuheben.

Auf die Folgenden haben denn auch die Ansichten des Cujacius vorzugsweise eingewirkt. Alle diese einzelnen Schriftsteller hier besonders zu charakterisiren ist weder nöthig, noch möglich [3]), da sie sich unter einander keineswegs durch immer neue Behandlung des Ganzen, sondern lediglich durch ihre Meinungsverschiedenheiten in den einzelnen Fragen unterschei-

---

scripta essent, sesquivolumen occupasse, et nunc Latine dicta vix brevissimum libellum implent.

2) ad Rubr. tit. C. qui admitti.: „Qui titulus est subtilis, et fere de apicibus juris, circa cujus Rubricam plurimum perdiderunt, ut ipsorum pace dicam, operae Dd. nostri; nos autem imitabimur Virgilium, qui ex stercore Enniano collegit aurum, et sic ex multis non ita necessariis, neque utilibus, neque etiam omnino veris, pauca quaedam colligemus, ut possit recte cognosci illius tituli materia."

3) Uebrigens muß noch mit besonderem Lobe Giphanius hervorgehoben werden, von dessen Ansichten unten noch mehr die Rede sein

Digitized by Google

den, mit denen man sich jetzt in unserer Lehre beschäftigt. Es wird daher genügen, wenn ich im folgenden §. eine Uebersicht der in dieser Zeit hauptsächlich besprochenen Punkte gebe.

§. 183. Die Definitionen der **b. p.** schwinden schon im Anfange dieser Periode zu der kurzen Bemerkung zusammen, die **b. p.** sei das Prätorische **jus persequendi retinendique patrimonii**, eine **juris possessio**, d. h. Prätorisches Erbrecht, welches zu seiner Geltendmachung noch einer besonderen Klage (der **her. pet. possessoria**) bedürfe. Manche Schriftsteller schließen sich dabei noch an die frühere Terminologie an, und erklären demnach die **b. p.** für ein **jus propter quod** [1]).

1. Das Recht des **bon. possessor** an der Erbschaft wird nun von Cujacius zuerst mit besonderer Klarheit auf die vom Prätor angenommene Fiction gestützt. Er werde *in Allem* fingirt, als wenn er **heres** wäre, seine Klagen *seien* **fictitiae**, gewöhnlich würden sie **possessoriae** genannt. Das Eigenthum des **b. possessor** an den Erbschaftssachen sei ein **dominium possessionis** [2]).

---

wird. Umgekehrt ist Struk vorzugsweise zu tadeln, der, um recht gelehrt zu sein, sich wieder ganz ernsthaft auf die früheren Controversen der Italiener einläßt.

1) Besondere Schwierigkeit machte man sich übrigens bei der **c. t. b. p.** So sagt z. B. Lauterbach (der ad tit. de **b. p.** §. 24. ausdrücklich hervorhebt, die **b. p.** sei kein jus quo) später ad tit. de **c. t. b. p.** §. 7: **Duo enim haec b. p. continet, remedium rescissorium, quo rescinditur testamentum patris, et petitorium, quo ejus patrimonium persequimur. Quidam tantum rescissorium esse dicunt, et rescisso testamento recurrendum esse ad edictum unde liberi. Sed fallunt et falluntur, omnes enim b. possessiones causae simul sunt, et modi rem ipsam consequendi.**

2) Cujacius (ad tit. D. de **b. p.** — s. auch Bd. I. S. 74. Note 4) unterscheidet ein **dominium proprietatis** und **possessionis**, gestützt auf l. 2. und 4. C. de probat. und l. 11. C. de furt. Letzteres sei bloß, daß man pro domino possidet, (z. B. der, welchen der Prätor ex secundo decreto possidere jussit, werde in fr. 1. de fundo dotali: dominus genannt), es gewähre nur possessio und usucapio.

Digitized by Google

Dieser letztere Satz hat nun vielerlei neue Ansichten hervorgerufen. Ranchinus läugnet danach die frühere Theorie. Der b. possessor habe nicht das **directum dominium**, auch nicht das **utile**, wie die Meisten sagten, sondern das **dominium possessionis**, während dem **heres** das **dominium proprietatis** zustehe. Dies nahm auch Treutlerus an, wogegen dann aber Bachovius auftritt: es sei nicht das **domin. poss.**, sondern das **dominium utile**, man könne es auch das **bonitarium** nennen, im Gegensatz zu dem quiritarischen des **heres**. Dem stehe auch die **l. un. C. de nudo jure Quir. coll.** nicht entgegen, denn Justinian habe nur das **nudum jus Quir.** aufgehoben, man müsse aber die Unterscheidung zur Erklärung der **textus antiqui** benutzen. Uebrigens, setzt er hinzu, sei das **dominium** des **b. possessor** ein wahres **dominium**, und gewähre dasselbe Recht, wie das des **heres**, und ferner müsse man es genau vom **utile dominium** des Vasallen und Emphyteuta unterscheiden. Denn hier stehe ihm wirklich ein **domin. directum** gegenüber, das nicht (wie bei der **b. p.**) **in nudo nomine consistit, sed multos effectus habet.** Das **jus feudale** und **consuetudinarium** habe diese verschiedenen Eigenthumsarten constituirt, und es sei vergeblich nur Einen Eigenthumsbegriff festhalten zu wollen, **quod nec ipse Justinianus constitutione sua efficere potuisset.** — Darauf brauchte Wissenbach noch einen neuen Namen dazwischen, nämlich den des Prätorischen Eigenthums: **b. p. tribuit dominium bonitarium vel potius Praetorium** [3]**, non Quiritarium non civile i. e. tribuit effectum dominii tuitione Praetoris.** Otto warf am Ende Alles durcheinander: „**praetor**, sagt er, **jus facere non poterat, sed dominium illud utile seu possessionis tuebatur, donec tempora usucapionis aut praescriptionis elapsa essent.**“ — Man sieht, es war ein unschuldiger Streit um Worte geworden, man gestand dabei zu, daß es kein schlechteres Recht als das des **heres** sei, und daß man es von dem **utile dominium** des Vasallen, dessen juristische Theorie sich inzwischen vollkommen festgestellt hatte, genau zu trennen habe.

3) Hahn (ad Wesenb.) sagt dasselbe, nur läugnet er außer dem utile auch das bonitarische. Ebenso Lauterbach.

Digitized by Google

2. Ein anderer für die Berechtigung des **b. possessor.** dem **heres** gegenüber, so höchst wichtiger Punkt kam in dieser Periode zum ersten Mal zur Sprache, nämlich die Eintheilung der **b. p.** in **cum** und **sine**. Bei Mudäus findet sie sich zuerst erwähnt, und es werden dafür die eben herausgegebenen Fragmente Ulpians citirt. Aber man wußte mit der neu erhaltenen Nachricht, die doch der eigentliche Schlüssel zum Verständniß des klassischen Juristenrechts ist, nichts Rechtes anzufangen. Mudäus erklärt die **b. p. sine re** für die, deren Klagen denegirt würden, weil z. B. der Agnoscirende ein **indignus** sei. Cujacius hält die **b. p.** für **sine re**, wenn es zu Tage kommt, daß das Testament, woraus **sec tab.** gegeben ist, **injustum, nullum, ruptum, irritum** oder **falsum** sei. Stryk (**Cap. 2. §. 9.**) führt als Beispiele der **sine re** an die **litis ordinandae gratia**, oder wenn ein Späterer die **b. p.** agnoscirt, während noch ein anderer Prätorischer Erbe berufen ist. Man sieht also, daß Stryck schon ziemlich auf richtigem Wege war. Es ist aber behauptet worden, daß die richtige Erklärung der **b. p. cum** und **sine re** schon früher von Giphanius gegeben worden sei [4]), und in der That ist, was er **ad l. 1. C. quando non petentium** sagt, vollkommen treffend. Dennoch aber hat er keine durchaus richtige Vorstellungen, denn in der Explanatio der Institutionen führt er, obgleich er zuerst sagt: **sine re est, quum alius jure civili evincere hereditatem possit**, als Beispiel an: wenn der **filius litis ordinandae gratia** agnoscire, und dann mit der Querel nicht siege, so sei das eine **b. p. sine re**. — Uebrigens muß ich noch bemerken, daß schon Cujacius ebenso wie die Neueren quellenwidrig von einer **hereditas sine re** spricht.

3. Ein bedeutender Fortschritt war, daß man die verkehrten Ansichten über **b. p. decretalis** und **edictalis** aufgab, und wenigstens durch weniger fehlerhafte Erklärungen ersetzte. Auch dies findet sich wieder zuerst bei Mudäus, aber er dubitirt noch, ob man darunter die Delation und Acquisition der **b. p.**, oder (wozu er sich mehr neigt) die **edictalis** als die verstehen solle, welche **de plano** gegeben werde, während die

4) Hugo R. G. S. 610. Note 2.

Digitized by Google

decretalis die **Carboniana** und **ventris nom.** umfasse. Bald indessen wurde dies zur allgemeinen Ansicht, man erklärte die **decretalis** als die, welche in Folge einer **causae cognitio** vom Richter noch besonders ertheilt werde [5]), wobei indessen schon von Wissenbach bemerkt wird, daß auch eine **edictalis cum causae cognitione** vorkommen könne. Der Hauptfehler war nur, daß man das Ganze als eine Haupteintheilung der **b. p.** hinstellte, und so die ganz accessorische Stellung der **b. p. decreto data**, wie sie aus den Quellen hervorgeht, völlig verkannte [6]). Es war ebenso, wie mit der Eintheilung in **b. p. ordinaria** und **extraordinaria**, wodurch einem verhältnißmäßig ganz unbedeutenden Punkte eine Wichtigkeit beigelegt wurde, die ihm gar nicht gebührte [7]). Unsere Literatur hat überhaupt von zu großer Eintheilungssucht genug zu leiden gehabt.

4. Eine viel untersuchte Frage dieser Zeit war nach den **differentiae** der **her.** und **b. p.** Es würde nicht lohnen, wenn ich hier Alles aufzählen wollte, was man in dieser Hinsicht vorgebracht hat. Nur einzelne Punkte will ich hervorheben. So stritt man sich darüber, ob es auch eine **b. p. civilis** gebe, und ob die Ansicht des Cujacius richtig sei, daß gar kein solcher Fall in den Quellen vorkäme. Ferner wiederholte man immer den Satz, daß eine **her. ad.** nicht durch Stellvertreter vorgenommen werden könne, **quod**, wie Mudäus sagt, **simulatque quis constituit procuratorem ad adeundum, jam ipse adiisse videatur.** Was hievon zu halten sei, habe ich früher untersucht. — Ein sehr viel besprochener Unterschied war noch, daß die **her. ad.** in 30 Jahren verjähre, die **b. p.** in 100 Tagen und 1 Jahr, da aber dies Letztere **utile tempus** sei, so wurde der Satz des Baldus immer wieder hervorgeholt, daß auch nach Ablauf der 30 Jahre Jemandem möglicher Weise die Frist der **b. p.** noch laufen

5) Scipio Gentilis verweist auf die frühere Ansicht mit folgenden Worten: **Legatur summa saltem Azonis, item liber satis crassus cujusdam Ronchegalli, quem tantas turbas in jure civili miscuisse, qui tam nugax esset, miror.**

6) Hugo R. G. S. 604. Z. 25.

7) S. oben §. 117.

Digitized by

könne. Es half wenig, daß Cujacius hervorhob, nur die her. pet. verjähre in 30 Jahren, man ließ sich nicht irre machen auf diesen Grundirrthum folgende Ansicht zu bauen: die Regel des **successorium edictum**, daß der **suus** in drei Jahren hintereinander agnosciren könne, müsse jetzt auf die **civiles successiones** übertragen werden, da der Sohn jetzt civilen Erbrecht habe. Es stände ihm also ein dreifaches Recht der **her. ad.** zu, jedes von 30 Jahren, zuerst als **suus**, dann als **agnatus**, zuletzt als **cognatus.** Ueber diese 90jährige Verjährung ist von Ludovici eine eigene Schrift: **de nonagenaria praescriptione** geschrieben worden, die ich indeß nicht kenne. Man war aber noch gütiger; wenn der **suus** im Testament eingesetzt wäre, so habe er ja deßhalb noch 30 Jahre, man gestand ihm dann also 120 Jahre zu [8]). Am Ende sah man doch ein, auf wie verkehrtem Wege man gehe, aber nichtsdestoweniger sagte man (Stryck, Lauterbach), die *falsche* Ansicht sei einmal Praxis geworden, es lasse sich also *nichts* weiter machen, als daß man sie als ein **jus personalissimum** der Descendenten vor weiterer Ausdehnung bewahre. — Solchen Mißbrauch trieb man mit der s. g. Praxis, d. h. mit richterlichen Urtheilen, in denen ein paar mal nach einer herrschenden falschen Theorie entschieden worden war!

5. In den einzelnen Theilen der **b. p.** schritt man allmählig zu besserer Erkenntniß vorwärts. Namentlich gilt dies von der **c. t. b. p.** und den damit zusammenhängenden Instituten, für welche insbesondere die trefflichen Quelleninterpretationen des Cujacius Bedeutendes geleistet haben. In den übrigen Klassen war weniger Anlaß zu Untersuchungen; bei der **sec. tab.** begnügte man sich mit Aufzählung der einzelnen Abweichungen des Prätorischen vom Civilrecht, und von den Intestatklassen waren die drei ersten durch die Nov. 118. absorbirt. Indessen muß ich hier noch bemerken, daß man von

---

8) Ant. Faber de errorib. pragm. sagt darüber (III, 8.): Quo quid, obsecro, dici potest improbabilius? Dicerem ineptius nisi, quod magis miror, eam opinionem in omnibus etiam summis tribunalibus receptam viderem. s. auch Glück Intestaterbf. S. 382.

Digitized by Google

dem Glauben, die Agnatenklasse sei auf den zehnten Grad beschränkt, zurückkam [9]).

§. 184. **B. Zeugnisse über das practische Recht.** Wir müssen stets im Auge behalten, daß es zwei ganz verschiedene Fragen sind, ob Justinian die **b. p.** noch als geschlossenes System dem Civilrecht gegenüber aufrecht erhalten habe, und ob mit der Reception des Römischen Rechts in Deutschland auch dies geschlossene System der **b. p.** aufgenommen worden sei. Ich habe in der Einleitung nachgewiesen, daß eine Präsumtion für die practische Gültigkeit dessen, was wir im **Corpus juris** finden, für uns gar nicht besteht. Vielmehr muß dieselbe bei jedem einzelnen Institute speciell untersucht werden, außer wo wir es lediglich mit Rechtssätzen zu thun haben, die sich als Folgerungen eines anderen entschieden geltenden Grundprincips darstellen. Die Frage nach der Reception der **b. p.** zerlegt sich nun (abgesehen vom **Int. quor. bon.**) in zwei Theile, wir müssen untersuchen, ob die einzelnen Prätorischen Erbklassen, welche im **Corp. jur.** noch selbständig neben den civilrechtlichen bestehen, in Deutschland Anwendung gefunden haben, und zweitens ob man eine doppelte Art der Erbantretung, bei den civilen Klassen die civile, bei den Prätorischen die **bon. possessionis agnitio** festgehalten, oder sich für sämmtliche Erbklassen allein mit der **hereditatis aditio** begnügt habe. Die Prätorische Antretungsform steht weder mit den Regeln über die Prätorischen Erbklassen, noch mit der civilen Antretung in solchem Zusammenhange, daß wenn wir die letzteren beiden Punkte entschieden recipirt finden, damit von selbst auch schon auf die Gültigkeit jener geschlossen werden könnte.

Diese kurzen Sätze vorausgeschickt, haben wir nun uns genauer auf die Untersuchung einzulassen, von der die ganze heutige Geltung unserer Lehre unmittelbar abhängt. Wir haben in der vorigen Periode gesehen, daß die Literatur sich mit der Reception der **b. p.** gar nicht beschäftigte, man sprach allerdings scheinbar von dem was **hodie** gelte, dachte dabei aber gar nicht an die wirkliche Gegenwart, sondern an das neuste

9) s. z. B. **Hahn ad Wesenb. ad tit. unde legit.**

Digitized by Google

Justinianeische Recht, und wie wenig daraus Schlüsse auf den wirklichen Rechtszustand der damaligen Zeit gemacht werden dürfen, habe ich zur Genüge gezeigt. Mit dem Anfange dieser Periode aber äußert sich der wesentliche Fortschritt, daß die bisherige Entfremdung der Gelehrten vom wirklichen Rechtsleben als ein wahrer Mangel erkannt wird, und von nun an bildet die Frage über die practische Geltung der **b. p.** die wichtige, fast von keinem der angeführten Schriftsteller übergangene Controverse. Man muß aber, um den Gang derselben klar zu verfolgen, genau im Auge behalten, daß jene alte Frage, ob die einzelnen Theile der **b. p. hodie necessariae** oder **utiles** seien, sich auch noch durch die ganze Literatur in dem 16. Jahrh. unverändert hindurchzieht, auch vielfach mit Beibehaltung des Wortes **hodie**. Alles, was davon die Schriftsteller sagen, interessirt uns hier gar nicht, und es läßt sich auch leicht bei jedem Autor von dem, was er über die wirkliche practische Gültigkeit sagt, trennen. *Bachovius* drückt die Frage passend mit den Worten aus, ob die **b. p.** Civilrecht geworden sei, und warnt davor, dies nicht mit der **b. p. civilis** oder **ex legibus** zu verwechseln [1]). —

Oldendorp ist es, der zuerst hervorhebt, wie wichtig es sei, das wirklich bestehende Recht neben den gewöhnlichen Schulfragen, durch welche die bisherige Literatur sich so völlig von der Gegenwart entfremdet hatte, nicht zu übersehen. Er ist der nachher noch weiter zu besprechenden Ansicht, daß wenn in einer **civitas** Antretungsfristen angeordnet wären, diese als Prätorisches Recht zu behandeln seien, und sagt bei dieser Gelegenheit (**Class. II. act. 1.**): **et hinc videmus, omnes propemodum mores civitatum, qui antiquitatem redolent, tractos esse ex jure praetorio, nisi modo libeat utriusque saeculi observantias invicem conferre. In quo tamen genere investigandi juris, proh dolor, nemo fere nunc vult exerceri; adeo distracta sunt studiosorum ingenia ad immodicas disputationes seu verius altercationes opinionum.** — Freilich kann man sich nicht wundern, daß zu seiner Zeit

1) Th. II. Lit. D. — **et prorsus diversae sunt quaestiones, an antiqua species bonorum possessionis sit ex jure civili, et an bon. possessiones ordinariae hodie juris civilis sint effectae.**

Digitized by Google

und nach ihm noch Viele, auch wenn ſie nun in der That von der heutigen Anwendbarkeit der b. p. reden, dennoch im Grunde wenig aus der bisherigen Anſchauungsweiſe herausgeten, deren Aeußerungen über das practiſche Recht wir daher gar keinen Werth beilegen können [2]). Erſt Giphanius erwarb ſich das Verdienſt, daß er den Schleier, welcher gleichſam noch über der Frage von practiſcher Anwendbarkeit der b. p. ſchwebte, mit ſtarker Hand zerriß, und zuerſt eine Anſicht ausſprach, der man es gleich anſieht, daß ſie aus klarer Anſchauung des Lebens hervorgegangen iſt [3]). Weniger

2) So ſagt Sichardus (ad Rubr. C. qui adm. §. 25.) bei Gelegenheit der decretalis b. p.: tamen hodie illud decretum non requiritur amplius, sed sufficit, et erit practica, quod qui habet edictalem b. p. i. e. qui vocatur ex aliquo edicto praetoris, nihil faciat, nisi ut adeat judicem qualemcunque, et testetur coram eo, se esse bonorum possessorem vel se esse dominum bonorum relictorum. (Hiefür wird noch eine beſondere Formel hinzugefügt: Domine judex, ego agnosco bon. possessionem Titii defuncti et volo esse dominus bonorum ipsius), quod vocatur agnoscere b. possessionem: judex autem nihil addet, nec erit opus ejus decreto confirmatorio. Sichard macht hier gleich aus dem Satze, daß der bonorum possessor das dominium erhalte, eine eigene Agnitionsformel für das, was er noch als decretalis b. p. anſah. Sein Zuſatz: et erit practica ſieht dabei ganz naiv aus, denn das zweifelnde erit zeigt, daß er hier nur ſeine eigene Vermuthung ohne weitere Gründe, als daß es Juſtinianeiſches Recht ſei, ausſpricht.

3) Giphanius Expl. in Inst. — „Si mores et aetatem nostram spectas, nullus est usus bon. possessionis, sed utimur tantum hereditate et aditione hereditatis civili. Huic rei argumento sunt haec: primum quia in jure municipali sive statutis civitatum et constitutionibus imperii, regum ac principum nulla usquam mentio b. possessionis fieri solet: deinde quia in consiliis Dd. item nulla exstat mentio: postremo et ratio est, cur hodie ejus nullus esse debeat aut possit, satis perspicua. His accedit, quod jam olim apud Graecos rarissima sit mentio bon. possessionis, ut videre licet in Nov. Just., Leonis, Philippi, in libris *βασιλικων* et in Harmenopulo. Non recte autem Andreas Pernedes in Inst. Germ. explicans tractatum de b. p. eas confundit cum inductione sive missione in possessionem, Germanice Einſatz. Nam b. p. de qua hic agitur juris est potius, quam corporis. At pos-

Digitized by Google

befriedigend wird die Frage von Ranchinus aufgefaßt, der freilich auch die Unanwendbarkeit der b. p. für Frankreich annimmt, aber lediglich wegen des Rechtsſatzes: **le mort saisit le vif**, woraus denn auch zugleich die Aufhebung der her. aditio folgt [4]).

Scheinbar iſt, den Worten nach, der Anſicht des Giphanius geradezu entgegengeſetzt die von Oldendorp. Er erblickt, wie ich vorher ſchon bemerkte, in den Antretungsfriſten der civitates ein Fortleben des Prätoriſchen Rechtes [5]), aber man ſieht offenbar, daß er hier das neuere Recht nur mit der b. p. vergleicht, daß er (und zwar mit Recht) meint, es lägen hier wie vor Alters dem Prätor dieſelben Veranlaſſungsgründe vor, Gründe, welche auf einem aus der Natur der

---

sessio, in quam quis mittitur sive inducitur, corporis est et facti potius, quam juris; et de hac missione sive inductione in possessionem in aliis locis explicatur, ut *sub tit. de* ed. divi Hadr. sub tit quor. bon. tit. de her. pet. —"

4) Ranchinus §. 28. „Porro supervacuae atque inutiles sunt hodie apud nos istiusmodi quaestiones; hodie enim ex generali Galliae consuetudine omnes heredes sive testamentarii sive legitimi ipso jure non modo heredes sed etiam bon. possessores existunt. i. e. transfertur ipso jure ad eos non modo dominium, sed etiam b. possessio, nec necesse habent aut her. adire, aut b. possessionem petere, vocaturque ea consuetudo: le mort saisit le vif." etc. Ranchinus ſcheint hier, indem er die b. p. dem dominium entgegenſetzt, demſelben Fehler zu verfallen, den Giphanius am Pernedes tadelt.

5) Oldendorp. Class. II. act. 1. (p. 101 sqq.). „His rationibus (die Prätoriſchen Beweggründe) motae sunt civitates pleraeque ad recipiendam annalem praescriptionem, qua utuntur semper in agnoscenda vel adeunda hereditate quomodocunque delata, ut nemo ad bona defuncti admittatur, nisi se insinuet magistratui, et probet testibus gradum consanguinitatis. Quae omnia ex hoc fonte sunt. Et si volueris altius repetere, invenies axiomata naturae, quae eodem pertinent, ut morientium hereditates non intervertantur. —"

„Semper autem meminisse debes, quod hodie civitates solent plerumque observare solennitatem quandam publicandorum testamentorum, quae imaginem repraesentat veteris bon. poss. agnoscendae. Quod certe non est improbandum, ne fraus committatur circa ultimas voluntates." —

Digitized by Google

nenschlichen Lebensverhältnisse erklärlichen practischen Bedürfnisse ruhen. Es ist also dabei nicht daran zu denken, daß Oldendorp eine directe practische Geltung der Römischen b. p. behaupte, und ebenso, wie er, drückt sich auch schon Zasius der Verfasser des Freiburger Stadtrechtes, aus [6]). Wir haben es hier also nicht mit Gegnern des Giphanius zu thun, sondern es ist im Grunde ganz dieselbe Ansicht, nur in anderem Gewande. Die eigenthümliche Art des Ausdrucks erscheint als Ueberbleibsel jener oben erwähnten Theorie der Italiener, daß das statutarische Recht als Prätorisches aufzufassen sei. Aber sie hat jetzt ihre schädliche und unrichtige Gestalt verloren, und ist zu einer unschuldigen äußerlichen Combination des nationalen Rechtes mit Römischen Rechtsausdrücken herabgesunken. Die Unrichtigkeit jener Ansicht, so wie sie die Italiener ausgesprochen hatten, ist denn auch in Deutschland entschieden erkannt worden [7]). —

Die drei Ansichten, welche wir bei Sichardus, Oldendorp und Giphanius finden, ziehen sich nun durch die ganze Folgezeit hindurch. Ich will danach die Einzelnen hier kurz charakterisiren, wenn auch nicht jeder der anzuführenden Schriftsteller stets einen von jenen dreien als Gewährsmann citirt.

Die Ansicht des Sichardus theilen Bocer, Bachov, Lauterbach (der übrigens Schriftsteller wie Oldendorp so citirt,

6) Zasius a. a. O. „Alia est b. p. decretalis, quam praetor vivus, id est vivus judex, petenti decernit. Hodie (d. h. nach Justinianeischem Rechte) non est necesse quod decernatur, sed sufficit eam agnoscere. l. fin. C. qui adm. etc. de hoc. Gl. Bald. Paul. In nostra civitate locum habet bon. poss. decretalis et non agnitiva.

7) Bachovius ad Treutl. Thes. I. Lit. F. sagt, es sei für Deutschland falsch, daß man die Erbrechte ex edictis vel statutis principum vel ducum für jus praetorium erkläre, denn die principes Germaniae hätten legis etiam proprie ita dictae condendae facultatem. — Ein verfehlter und zugleich unfruchtbarer Versuch, die Theorie der Italiener wieder hervorzuziehen, findet sich bei Schacher. Er schließt nämlich daraus folgendermaßen: unde forte non inepte dici possit, successores ex jure Saxon. Provinc. magis pro heredibus quam pro b. p. habendos, eo quod hoc jus ab Impp. tanquam ex lege fundamentali confirmatum et ita quasi ab ipsis datum.

Digitized by Google

als seien sie seiner Ansicht), Schacher (der auch gleich, um nic practisch zu sein, eigene Formulare für die s. g. actio ut imploratio pro datione bon. possessionis contra tab., ex tab. etc. fabricirt), Stryk, Hoppe, Frieß, Höpfner, Koch (S 343.), Glück (a. a. O. S. 535.), Löhr (Magaz. III. S. 34 und Roßhirt.

Auf der Seite Oldendorps stehen Hahn, Berger und Schi ter [7a]). Ersterer sagt darüber: **etsi nomine illo** (b. p.) **non utamur** [8]), **tanquam vulgo ignoto, re tamen ipsa utimur. quotiescunque successores implorant judicis officium, et petunt se vel confirmari vel declarari alicujus defuncti successores.** Man sieht hieraus sehr deutlich, daß man lediglich das Wort b. p. festhielt, das Römische Institut dagegen gänzlich aufgab, und so können wir denn auch diese Mitmeinung, die etwas Anderes sagt, als sie zu sagen scheint, in rem eigentlichen Sinne nach ganz der Ansicht des Giphanius gleichstellen.

Diese Ansicht des Giphanius zählt nun eine große Menge von Nachfolgern. Brunnemann, Müller, Vinnius, Wi

---

7a) Schilter hat merkwürdiger Weise von allen drei Parteien Etwas angenommen. Vorzugsweise hat er die Ansicht Oldendorps, den er auch citirt. Er sagt (exerc. 15. §. 64), man müsse für die Geltung der b. p. die Orte unterscheiden, wo bloß Privatantretung besteht, von denen, wo private und richterliche neben einander gelten. Nur in letzteren könne von b. p. die Rede sein, aber auch da dürfe man den Ursprung der Regeln über richterliche Antretung nicht auf das Prätorische Recht, sondern lediglich auf das statutarische zurückführen. (damit also tritt er ganz zur Ansicht des Giphanius). Indessen meint er doch, um des Interdictes willen sei es eine rathsame Cautel die b. p. zu agnosciren, (indem er dem heres ohne Agnition der b. p. nur in beschränkter Weise das Interdict zugesteht. exerc. 47. §. 23.), weßhalb er es denn für nöthig findet, noch besonders den Beweis zu unternehmen, daß in Sachsen die Agnitionsformen der b. p. noch practisch sein müßten. In dieser Hinsicht nähert er sich also der dritten Ansicht. s. den folg. §. Note 4.

8) Uebrigens ist auch dies eine Zeitlang streitig gewesen. Man behauptete, der Gegensatz von heres und bon. poss. sei auch ganz in die Deutsche Sprache übergegangen mittelst der Worte: Erben und Erbnehmen. Ueber d. wahre Bedeutung dieser Ausdrücke s. z. B. Hagemann Zellesches Stadtrecht S. 120. 121. s. auch Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 3. Schilter Exerc. 39. §. 4.

Digitized by Google

senbach, Perez, Huber, Bugnyon, Grönewegen, Gudelinus, Voedt, und von neueren Schriftstellern insbesondere Hugo [9]), Schweppe [10]), Göschen [11]) läugnen entschieden, daß es noch eine eigene Prätorische Erwerbart des Erbrechts gebe. Im Uebrigen äußern sich unsere neueren Compendien meistens unentschieden oder undeutlich [12]), so daß man nicht weiß, ob sie bloß Justinianeisches oder auch heutiges Recht vortragen wollen.

Ich hätte leicht die Anhängerzahl der einen oder anderen sich entgegenstehenden Ansicht noch vergrößern können. Es kommt hier aber überhaupt nicht auf die Zahl, sondern auf die Gründe an, auf die man sich stützt. Diese haben haben wir daher jetzt noch genauer kennen zu lernen.

Wir müssen, wie ich vorher schon bemerkte, bei der Untersuchung die zwei Fragen unterscheiden, ob man in neueren Zeiten die eigenthümlichen Prätorischen Erbklassen, welche das Corp. jur. noch neben den civilrechtlichen enthält, als Gründe des Erbewerbens anerkannt, und zweitens ob man außerdem auch die Prätorische Antretungsform, also die Agnition vor einem Richter in bestimmter Frist, als eine Nothwendigkeit für die Prätorischen, und als eine zweite Antretungsart neben der her. adit. für die civilen Klassen beibehalten hat. Aus der Art, wie ich eben die Ansichten der streitenden Parteien dargestellt habe, geht nun aber schon hervor, daß sich die Meinungsverschiedenheit nur auf die zweite Frage bezieht. Ueber die erstere ist bekanntlich kein oder nur specieller Streit, und ich kann sie daher hier gleich im Voraus sehr kurz erledigen.

1. Es handelt sich nämlich in Beziehung auf die bei uns gültigen Prätorischen Erbklassen hauptsächlich nur um drei Institute, die **contra tab. b. p.**, ferner die einzelnen Abweichungen des Prätors von den civilen Regeln über die testamentarische Succession (s. §. 164. ich will sie kurz mit dem Ausdruck **sec. tab. b. p.** zusammenfassen), endlich die **b. p. unde**

---

9) Lehrbuch des heut. R. R. (7. Aufl.) S. 160. Note 1.
10) Röm. Privatrecht §. 841.
11) Vorlesungen üb. gem. Civilrecht V. §. 995.
12) Mackeldey §. 683. Thibaut §. 867. Wening §. 503. Mühlenbruch §. 704. Puchta §. 501.

Digitized by Google

vir et uxor. Die übrigen Intestatklassen haben durch die Nov. 118. den Raum verloren.

a. In Beziehung auf die **contra tab. b. p.** ist freilich in der Literatur von jeher darüber gestritten worden, ob es Justinians Absicht war, durch die Novellengesetzgebung sie aufzuheben oder nicht. Ich habe oben im §. 164. bereits meine Ueberzeugung, die ich indessen in diesem Werke nicht begründen kann, für die erstere Ansicht ausgesprochen. Aber auch wer der entgegengesetzten zugethan ist, wird eingestehen müssen, daß ein Bestehenbleiben jenes formellen Notherbenrechtes neben dem materiellen auf den Pflichttheil gebauten für unsere Deutschen Verhältnisse jedenfalls sehr unpassend wäre; und in der That werden wir denn auch unten aus der Zusammenstellung Deutscher Stadt- und Landrechte genugsam ersehen, daß trotz jener Vertheidiger des formellen N. E. R. eine Aufnahme desselben in das Deutsche Rechtsleben sich nicht nachweisen *läßt*.

b. Rücksichtlich der **sec. tab.** besteht gar *kein Zweifel*. Man hat von jeher mit der Gesammtheit der testamentarischen Succession auch die Erweiterungen und Fortbildungen gelten lassen, die der Prätor, der im Allgemeinen ganz die civilrechtlichen Grundsätze anerkannte, daran anzuknüpfen veranlaßt wurde.

c. Ueber die practische Gültigkeit des sehr vernünftigen Rechtssatzes, daß in Ermangelung aller Verwandten der überlebende Ehegatte zur ganzen Erbschaft gerufen werde, ist ein wahrer Streit nie gewesen [13]). Manche haben sie freilich deßhalb geläugnet, weil nach Deutschem Rechte die Frau entweder in Folge der Gütergemeinschaft oder der ihr zugewiesenen **portio statutaria** in anderer Weise berechtigt worden sei, aber man vereinigte sich bald dahin, daß dadurch einestheils keineswegs immer die Möglichkeit der **b. p. unde vir et uxor**, d. h. des Rechtes in Ermangelung aller Verwandten dem **fiscus** vor-

13) Philippi a. a. O. III. ecl. 35. führt practische Urtheile an (die auch schon ecl. 29. stehen), welche die Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. anerkennen. Damals ließ man übrigens den Ehegatten schon zu, wenn nur keine Verwandten bis zum 10ten Grade vorhanden waren. Dieser Irrthum (s. §. 183 am Ende) kann uns natürlich nicht binden.

Digitized by Google

zezogen zu werden, ausgeschlossen werde, weßhalb denn wenigstens in den Fällen, wo das Deutsche Recht dem Römischen Raum lasse, letzteres auch Geltung habe. Anderntheils nahm man jedenfalls für den District, wo jene Deutschrechtlichen Institute nicht in Uebung seien, die Anwendbarkeit dieser Klasse an [14]). —

d. Außer diesen ordinären Erbklassen haben auch noch zwei wichtige Nebeninstitute der **b. p.**, das **Carbonianum edictum**, und die **missio ventris nomine** entschiedene Anwendung in Deutschland gefunden. Die Schriftsteller rechneten sie zu der **extraordinaria b. p.**, worunter denn auch noch die **b. p. litis ordinandae gratia** und **ex legibus** ihren Platz fanden. Daß diese letzteren beiden Institute unpractisch seien, weil sie schon im Justinianeischen Rechte überflüssig beibehaltene Ueberreste sind (s. §. 160 am Ende, und §. 171.), und ihnen im heutigen Rechte aller Boden der Anwendbarkeit fehlt, wird man mir wohl nicht bestreiten. Dies **Carbonianum edictum** und die **miss. v. n.** dagegen sind ganz selbständige Institute, die mit der **b. p.** nur in äußerlichem Zusammenhange stehen, und, auch wenn letztere in Beziehung auf die Antretungsform alle ihre Eigenthümlichkeiten abgestreift hat, dadurch in sich selbst keine Veränderungen erleiden. Sie setzen eine richterliche Entscheidung voraus, aber keineswegs deßhalb, weil hier bei den Römern die **b. p.** eine **decretalis**

---

14) Selbst Wissenbach, den Frieß mit zu denen rechnet, welche die b. p. unde v. et ux. für unpractisch erklärten, sagt nur: **Moribus hodiernis illa conjugum successio praetoria passim antiquata est propter congugalem bonorum communionem.** Grönewegen spricht bloß von Frankreich und Holland und erklärt sie allerdings in diesen Ländern für völlig unpractisch wegen der **communio bon.** der Ehegatten: Bugnyon sagt, in einzelnen Orten Frankreichs werde sie doch angewandt. Für Holland allerdings bezeugt es auch Vinnius ausdrücklich, daß gleich in Ermangelung der Cognaten das Vermögen an den Fiscus falle. Dagegen ist für Deutschland, sobald nicht Deutsche Rechtssätze beständen, die ihrem Wesen nach die Möglichkeit der Römischen Klasse ausschließen, die gemeinrechtliche Gültigkeit der b. p. unde vir et ux. nie bezweifelt worden. S. bes. Berlich, Schacher, Stryk U. M. P. lib. 37. tit. 1. §. 4. und Frieß (§. 18—20).

Digitized by Google

gewesen wäre (s. §. 171.); diese richterliche Entscheidung müsse also, da sie in dem inneren Wesen der Institute begründet sei, stets beibehalten werden, und nur wenn wir finden, daß im heutigen Rechte die Prätorischen Fristen überhaupt verschwunden sind, so haben wir diese denn natürlich auch bei der Cur. **bonorum** b. p. nicht mehr anzuerkennen, während sie für die **missio ventris nomine** ja auch schon bei den Römern nicht bestanden.

Ich führe zum Beweise für das Bestehen dieser beiden Institute nicht noch besonders einzelne Schriftsteller an, weil ich überhaupt nirgends Zweifel über ihre practische Anwendbarkeit gefunden habe, und dasselbe ist auch von der b. p. **furiosi nomine** und den ihr gleichartigen Fällen zu sagen (s. §. 166. Note 10.).

§. 185. — 2. Wir kehren jetzt, nachdem wir die materiellen Rechtstheile haben kennen lernen, welche aus dem Prätorischen in unser heutiges Recht übergegangen sind, zu jener zweiten Frage zurück, ob für sie nun auch die formellen Erwerbsregeln des Prätorischen Rechts nebst den Fristen von 100 Tagen und 1 Jahr als eine Nothwendigkeit bestehen geblieben sei, und ob außerdem die Agnition der b. p. auch für die Civilerben eine zweite Art der Erbantretung neben der ber. **aditio** bilde. Es kommt, wie ich schon bemerkte, auf die Prüfung der Gründe an, welche in der Literatur zur Bejahung und Verneinung der Frage vorgebracht worden sind.

Hiebei glaube ich nun, daß man keinen Augenblick zweifeln kann, die Prätorischen Erwerbsregeln für entschieden unpractisch zu erklären.

Was zuerst die Bedeutung der b. *possessionis agnitio* für diejenigen betrifft, die nach dem Corp. jur. schon Civilerbrecht für sich haben, so ist freilich die Behauptung unendlich oft wiederholt worden, daß ihnen die b. p. **utilis** sei. Aber die **utilitas** könnte nur darin bestehen, daß sie dadurch das Int. **quor. bon.** erlangten. Da indessen, wie wir sehen werden, das Interdict nach zweifellosem Gewohnheitsrecht jedem heres auch ohne Agnition der b. p. zugestanden worden ist, so sinkt damit jene Behauptung zu einem ganz nichtssagenden Satze

Digitized by Google

zusammen, der natürlich, auch wenn er tausendmal wiederholt worden ist, dadurch nicht zu geltendem Rechte werden kann.

Für die Ansicht sodann, daß den eigenthümlichen Prätorischen Erbklassen die Agnition der **b. p.** in bestimmter Frist eine Nothwendigkeit sei (s. g. **b. p. necessaria**), hat man sich auf folgende Gründe berufen, die, wenn man sie genauer ins Auge faßt, unglaublich schwach sind. Hauptsächlich nämlich glaubte man schon damit genug bewiesen zu haben, daß man jene alte Ansicht, welche aus der Nov. 118. die Ungültigkeit der **b. p.** abgeleitet hatte, widerlegte. Später fügte man noch einen neuen Beweisgrund hinzu. Es war nämlich die Ansicht freilich nie recht bewiesen, aber doch laut geworden, daß schon durch die ganze Abfassung des **Corp. jur.** die Klassen der **b. p.** zu Civilrecht erhoben worden seien. Man hielt es nun nach der durchaus vorherrschenden Ansicht für ein Leichtes, dies zu widerlegen, und so war man denn gleich wieder mit dem Schlusse bei der Hand, daß die Agnitionsregeln noch practisch seien [1]). Es wurden dann beide Gründe in die allgemeine Redensart zusammengefaßt, daß die Eigenthümlichkeiten der **b. p.** noch beständen, weil sie in keinem späteren Gesetze aufgehoben worden seien [2]). Dies ist aber nichts, als jene unbegründete Präsumtion, von der ich in der Einleitung dieses Buches gesprochen habe, der gemäß Alles im **Corp. jur.** von vorn herein als practisch angesehen wird, ohne daß man sich die Mühe zu geben brauchte, nach der Reception in Deutschland noch weiter zu fragen. Es ist ganz offenbar, daß die Meisten, welche überhaupt die Agnition für anwendbar halten, sich lediglich auf diese falsche Ansicht von der Geltung des Römischen Rechtes im Allgemeinen stützen, und so fällt denn auch das Eine mit dem Andern ohne Weiteres über den Haufen.

1) Bachovius ad Treutl. Thes. II. Lit. D. — „Eorum (si qui sunt) parum solida ratio est, qui ex dispositione et emendatione Just. bonorum possessiones juris civilis factas esse statuunt: quoniam naturam bon. possessionum Just. non mutavit, sed qualitates juris Praetorii iis reliquit.“ — Auch ich habe übrigens nirgends diese Ansicht gefunden.

2) Stryk Succ. ab int. Cap. II. §. 26: „quum hoc discrimen non legatur sublatum.“ Glück Intestaterbf. S. 535. Koch b. p. S. 343.

Digitized by Google

Wie viele Schriftſteller auch eine ſolche verkehrte Anwendung vom Römiſchen Rechte gemacht haben, ſo iſt dadurch die wirkliche Stellung zum Deutſchen Rechtsleben gar nicht verändert worden.

Außer dieſem Grunde, der immer der hauptſächliche geweſen iſt, verſucht es nun aber Stryk auch in der That, eine poſitive Anerkennung in Deutſchland darzuthun. Das Beweismittel iſt freilich ſehr ärmlich. In den Conſtitutionen des H. Auguſt von Sachſen von 1572. [3]) kommt nämlich (pars III. const. 10.) folgende Stelle vor: „Wann der Vater ein Teſtament gemacht, — ſeine Kinder präterirt — — und ſolches iſt mit ihrer Bewilligung und Vorwiſſen geſchehen, ſo iſt ſolches Teſtament **saltem jure Praetorio** kräftig und weil wir dieſe Meinung der Billigkeit gemäß erachten, ſo wollen wir, daß hinfüro in ſolchen Fällen alſo geurtheilt und geſprochen werde“ —, **quae verba**, ſetzt Stryk *hinzu*, **sine effectu et causa fuissent adjecta, nisi Sereniss. Elector jus Praetorium et hujus naturam salvam et incolumem vellet conservatam.** Dies iſt nämlich der Fall, in welchem man damals eine von den Erweiterungen des Civilrechts durch die Prätoriſche **sec. tab. b. p.** zu finden glaubte (ſ. §. 164. Note 12.). Er iſt aber, wie man heutzutage nicht mehr bezweifelt, gar nicht im Römiſchen Rechte begründet. Doch geſetzt, er wäre es, oder auch der Churfürſt hätte hier einen jener anderen wirklich begründeten Fälle anerkannt, ſo würde dies doch für den zu beweiſenden Punkt gar nichts beweiſen. Es würde daraus nur folgen, daß hier insbeſondere ein Fall beſtätigt wäre, der in ſeiner gemeinrechtlichen Gültigkeit ſchon von vorn herein nicht zu bezweifeln iſt, woraus nur folgt, daß, wie ich im vorigen §. bereits angegeben habe, alle die einzelnen Prätoriſchen Erweiterungen des teſtamentariſchen Succeſſionsrechtes bei uns in Geltung ſind. Für die Antretungsform folgt daraus nichts.

Der beſte Grund, der noch überhaupt für das Beſtehen der Prätoriſchen Antretungsregeln vorgebracht worden iſt,

---

3) ſ. darüber Gerber das wiſſenſchaftl. Princip des Deutſch. R. S. 184. ff.

Digitized by Google

wird dann ebenfalls noch von Stryk hervorgehoben. Der Grund ist nämlich wenigstens an und für sich richtig, nur freilich paßt er gar nicht auf unsere Frage. Es ist dies der Satz, den ich schon oben erwähnt habe, daß alle die Regeln, welche nur Folgesätze eines anderen entschieden bei uns recipirten Rechtssatzes enthalten, ebenfalls als gültig anzunehmen sind, so lange sich nicht umgekehrt ein positiv entgegenstehendes Gewohnheitsrecht zeigt. Danach schließt nun Stryk: da es sicher sei, daß wir einzelne Klassen des Prätorischen Erbrechts recipirt haben, so folge es auch, daß wir das ganze Prätorische Erbsystem mit seinen Antretungsformen und Fristen zugleich mit anzuerkennen hätten [4]). Ich brauche wohl nicht weiter auszuführen, wie verkehrt diese Folgerung ist.

Zuletzt muß ich noch einen neuerdings vorgebrachten Beweisgrund [5]) erwähnen. Roßhirt sagt nämlich, man sollte glauben, man könne in keiner Weise auf einen längst verschwundenen Gegensatz zurückkommen, und in der That habe unsere Praxis keine Formen für die **petitio b. possessionis**. Dennoch müsse man anderer Meinung sein. Auch bei uns würden Erbschaftsangelegeheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesses vor den Gerichten behandelt, und Jedem stehe frei, ohne Proceß einen Antrag zur Beiwirkung des Gerichts zu machen. Die Fälle seien jetzt freilich selten, wo die **b. p. necessaria** sei, aber in der Richtung auf die **b. p. utilis** sei Alles beim Alten geblieben. Gesetzt auch — der Name wäre verschwunden, die Sache sei geblieben, und da im Ganzen die **b. p.** auf keiner Formalität beruhe, sondern jetzt bloß eine nähere Erklärung des Berechtigten sei,

---

4) Us. mod. Pand. lib. 37. tit. 1. §. 3. — Et tamen hodie dantur casus, ubi non aliter quam ex jure Praetorio succedi potest, et si hoc deficeret ipsa deficeret successio, unde necessario usum peculiarem seorsim habere debet, qui ipsam distinguat a civili successione, tum ratione acquisitionis quam praescriptionis. Aehnlich argumentirt Schilter aus der Reception des Justinianeischen Erbrechts im Allgemeinen. Exercit. 39. §. 4.

5) Roßhirt testamentar. Erbrecht II. S. 137.

Digitized by Google

so stehe von dieser Seite gewiß Nichts im Wege. Eine a dere Frage aber sei es, ob die Zeit eingehalten werden mü und wie es mit den Präjudicien (?) stehe? — Es ist leic erkennen, welche Widersprüche hier friedlich nebeneinander stellt sind. Wenn Roßhirt bloß sagte, man könne in der tigen Beiwirkung der Gerichte bei den Erbschaftsangelegen ten eine Aehnlichkeit mit der Röm. b. p. finden, so könn man ihm dies, ebenso wie dem Oldendorp, hingehen lass Aber er sagt mehr, er giebt zu, das heutige Recht kenne k Formen für die Prätorische Agnition, dennoch aber sei d für die **b. p. utilis** beim Alten geblieben, obgleich die Be tung der Zeitfristen zweifelhaft wäre, und obgleich doch, w die Praxis die **petitio** der **b. p.** nicht mehr kennt, das wir lich bestehende Einwirken unserer Gerichte auf die Erbschafts angelegenheiten natürlich auch nur aus eigenthümlichen Bedür nissen der Praxis, nicht aus der Anwendung des Römischen Rechtes hervorgegangen sein kann! Ueberhaupt aber ist die **b. p. utilis**, wie ich vorher schon bemerkte, ganz etwas We senloses, es kommt uns vorzüglich auf die s. g. **b. p. neces saria** an, für diese bringt indessen Roßhirt nur die nackte Be hauptung vor, ihre Fälle seien freilich nur selten! —

Dies sind die Gründe, deren man sich für das Bestehen der Prätorischen Antretungsregeln bedient hat. Ich muß aber noch hinzufügen, daß viele Vertheidiger dieser Ansicht, so en schieden sie sie auch anfangs aussprechen, dann hinterdrein doch Concessionen machen, welche sie den Ansichten Oldendorps und des Giphanius gar nicht mehr so fern halten. Man sagte, eigentlich freilich sei die **declaratio voluntatis judicialis** nö thig, aber diese könne **ex factis** präsumirt werden, z. B. durch Anstellung der **her. pet. poss.**, ferner durch Nachsuchung der **investitura rerum immobilium**, überhaupt durch jede Handlung vor Gericht, welche den Willen des Erbewerdens involvire, und sobald es nur in der bestimmten Frist geschehe, agnoscire man die **b. p.** [6]). Freilich blieb dadurch immer noch ein großer Unterschied von den entgegengesetzten Ansichten.

---

6) **Stryk** succ. ab int. Diss. IX. c. 2. §. 12. 13. Frieß a. a. O. §. 27.

Digitized by Google

Auf die Gründe, welche von den Gegnern vorgebracht wor-
den waren, namentlich auf die mit so klarem Scharfblick von
Giphanius ausgesprochenen, ließ man sich nun aber gar nicht
ein. Und in der That war das auch nicht möglich, da das,
was Giphanius sagt, entschiedene unumstößliche Facta sind.
Daß man ihre Bedeutung nicht gehörig anerkannte, und nicht
ganz allgemein die Prätorische Antretungsform für unpractisch
erklärte, liegt in dem Zeitgeiste der vergangenen Jahrhunderte.
Das Römische Recht in seiner Anwendung bei uns hat leider
weniger von seinen Feinden, als von seinen Freunden, die im
Eifer über das rechte Ziel hinausrannten, zu leiden gehabt.
Man verkannte die wahre Bedeutung des Römischen Rechtes
für das Deutsche Rechtsleben, man war blind gegen das, was
sich in diesem Rechtsleben von selbst gestaltete, hatte nur die
Augen auf das **Corpus juris** gerichtet, und erklärte Alles
darin Enthaltene, sobald nicht die Natur des Rechtsinstituts
gar zu deutlich seine Unanwendbarkeit an den Tag legte, für
practisch.

Durch solche irrthümliche Ansichten ist viel Schaden ge-
schehen, aber die wahre Geltung des Römischen Rechts und
seiner einzelnen Theile konnte dadurch, mogte sie auch vielfach
verdunkelt sein, dennoch nie aufgehoben werden. Mag auch hie
und da namentlich in einzelnen Urtheilen der Facultäten ein ganz
unpractisches Institut für bestehend erklärt worden sein [6a]), ein
oder ein paar Urtheile machen noch kein gemeines Recht, und
der Mißbrauch, den man auch damit getrieben hat (s. z. B.
§. 183. Note 8.), ist jetzt verschwunden. Rechtsinstitute, die
in der That nicht ins Rechtsleben übergegangen sind, und nur
in den Compendien und Rechtssprüchen irrender Juristen ein
Scheinleben geführt haben, sind dadurch wahrlich nicht practisch
geworden. Vieles derartige ist schon jetzt vollkommen in sei-
ner Nichtigkeit erkannt, gar manche solcher Scheinwesen aber

6a) In der That führt Berger (Oecon. jur.) ein Urtheil der Witten-
berger Facultät von 1692 an, worin die Fristen der b. p. als prac-
tisch anerkannt werden. Ich könnte das Urtheil eines Obergerichts
namhaft machen, worin die Ansicht aufgestellt wird, mit der que-
rela inoff. klage man den Pflichttheil ein. Wollte man jenem Wit-
tenberger Urtheil Werth beilegen, warum nicht auf diesem letzteren?

Digitized by Google

finden sich auch noch heutzutage in unseren Compendien, und es ist unsere Pflicht, diese entschlafenen Institute, wenn wir ihnen begegnen, zur Ruhe zu bestatten. Es macht dem Giphanius wahrlich Ehre, daß er schon damals, als es noch nicht an der Zeit war, daß die Wahrheit allenthalben Eingang fand, in den Erwerbsregeln des Prätorischen Erbrechts ein solches dem Rechtsleben fremdes Institut erkannte. Ich muß auf seine Gründe noch etwas genauer eingehen.

Giphanius (§.184. Note 3.) erkennt es ganz richtig, daß die Lehre vom Einsatz, zu der das **Int. quor. bon.** gehört, vollkommen von der **b. p.** zu scheiden ist. Wir werden das im folgenden Kapitel genauer verfolgen. Dieser Einsatz ist noch ein vollkommen practisches Rechtsinstitut, dagegen die **b. p.** als eigenthümliches Erbrecht ist verschwunden, und wir haben nur noch die **her. aditio.** Er führt dafür (abgesehen von der Hinweisung auf das Griechische Recht, die uns hier nicht interessirt), drei Gründe an, die alle *gleich richtig sind*; wir wollen sie in die umgekehrte Ordnung stellen.

Es ist zuerst einleuchtend, daß man die Prätorische Antretungsform ohne allen Schaden entbehren kann, daß das Römische Recht hier eine unnütze Mehrzahl von Rechtsinstituten darbietet. Wir haben gesehen, daß man dies schon bei Abfassung Italienischer Statuten erkannt, und deßhalb lediglich die civilrechtliche Erbantretung recipirt hat. Und in Deutschland sollte man nicht auch fähig gewesen sein, dies zu erkennen?

In der That findet sich nun auch in den practischen Schriften der damaligen Juristen, den Consilien, von einer Anwendung der **b. p.** keine Spur. Diese Consiliensammlungen sind eine heutzutage gänzlich vernachlässigte Quelle, aus denen für die Reception des Römischen Rechts bedeutende Aufklärung zu schöpfen ist [7]). Hier in unserer Lehre freilich nur negativ, weßhalb ich denn auch keine einzelne Stellen von Schriftstellern citiren kann, aber das negative Resultat, auf das schon Giphanius hinweist, ist ebenso wichtig.

Der Hauptgrund ist endlich der, daß nicht bloß in den

7) Erst neuerdings hat mit Recht Savigny wieder darauf aufmerksam gemacht. System I. Vorrede S. **XLVI.**

Digitized by Google

Reichsgesetzen, sondern auch in den zahlreichen Stadt- und Landrechten Deutschlands, welche seit der Reception des Römischen Rechts verfaßt worden sind, von der Prätorischen Erbintretung nicht der leiseste Anklang sich findet. Auch diese Quelle, woraus die Romanisten hätten schöpfen müssen, und die noch viel wichtiger ist, als jene Consilien, ist leider völlig vernachlässigt. Seit dem 16ten Jahrhundert hatte sich das Römische Recht neben dem Deutschen festgesetzt, aber es konnte nicht fehlen, daß zwischen den beiden Rechtstheilen mancherlei Collisionen eintraten, daß man über das Nebeneinanderbestehen derselben vielfach in Unklarheit gerieth. Um dem wo möglich abzuhelfen, wurden seitdem jene vielen „Reformationen" verfaßt, welche freilich sich keineswegs auf alle Theile des Privatrechts, aber doch auf die practisch am meisten hervortretenden, und darunter namentlich das Erbrecht, erstrecken. Diese Land- und Stadtrechte sind für das Studium des deutschen Rechtes, welches durch das Hinzutreten des Römischen wesentlich afficirt werden mußte, von größter Wichtigkeit [8]). Aber es leuchtet ein, daß sie gleich große Bedeutung für das Studium des Römischen Rechtes haben, wenn wir dessen heutige Geltung feststellen wollen. Ich will natürlich nicht sagen, daß nur dasjenige Röm. Recht recipirt sei, was sich in ihnen verzeichnet findet. Wenn dieser Schluß gerechtfertigt sein sollte, so hätten jene Rechtsbücher in der Absicht gemacht sein müssen, das ganze bestehende Recht zu sammeln, was gar nicht der Fall ist. Dagegen wenn sie einen bestimmten Rechtstheil, wie dies eben vom Erbrechte gilt, in sich aufnehmen, so sind sie denn auch die wichtigste Quelle, um zu sehen, wie man das Römische Rechtsinstitut in Deutschland behandelt hat. Man kann nicht einwenden, aus diesen Rechtsbüchern sei immer nur das Particularrecht des einzelnen Ortes oder Landes zu ersehen. Allerdings findet sich darin Vieles, was eben nur Particularrecht ist, aber wenn sich durch alle diese Rechtsbücher ganz unverändert gewisse gemeinsame Grundsätze hindurchziehen, so sind sie doch offenbar das beste Hülfsmittel, um die Existenz eines allen Theilen Deutsch-

8) s. darüber Gerber das wissenschaftl. Princip des Deutsch. R. S. 159—222.

Digitized by Google

lands gemeinsamen Rechtsbewußtseins, eines gemeinen Deutschen Rechtes, zu constatiren. Sie sind in dieser Hinsicht wahrlich oft von besserer Beweiskraft, als die Urtheile der Gelehrten, die, wenn sie von gemeinem Rechte reden, häufig nur die Observanz eines einzelnen Gerichtes, eines einzelnen Spruchcollegiums vor Augen haben.

In allen diesen Stadt- und Landrechten nun, so viele ich ihrer verglichen habe, ist von Prätorischen Antretungsformen und Fristen nie die Rede. Ein sicheres Zeichen, daß das Deutsche Rechtsleben sie nie anerkannt, und mit richtigem practischen Takte einen unnützen Compler von Rechtsregeln von sich abgewehrt hat. —

§. 186. Die Beweisführung über die Ungültigkeit der Prätorischen Antretungsregeln würde wesentlich unvollständig bleiben, wenn wir mit der bisherigen negativen Fassung uns begnügen wollten. Wir müssen weiter gehen, und die Frage auch von der positiven Seite fassen d. h. untersuchen, was denn in der That in den uns hier interessirenden Theilen des Erbrechts gemeines Recht geworden sei. Dies aber läßt sich nicht anders beantworten, als daß wir überhaupt näher ins Auge fassen, in welcher Weise die Grundbegriffe des Römischen Erbrechts in Deutschland recipirt worden sind. Hiezu gehe ich daher jetzt über.

Ich knüpfe dabei an bekannte Sätze an. Man wandte in Deutschland zuerst die Römischen Testamente an, und zwar anfänglich nur zur Anordnung von Vermächtnissen (Verschaffungen). Daraus entwickelte sich für die Regulirung der ganzen Erbschaft das Bedürfniß der Testamentsexecutoren. Mit dem sechzehnten Jahrhundert aber ging man den wichtigen Schritt weiter, daß auch der Grundbegriff des Römischen Erbrechts, die Universalsuccession, angenommen wurde. Darin lag, daß man die ganze Masse als Einheit auffaßte, namentlich nicht mehr das unbewegliche Gut vom übrigen Vermögen trennte, und die Schulden als auf der ganzen Activmasse lastend betrachtete. —

Zuerst und am leichtesten fand der Begriff der Universalsuccession und der Erbschaft als einer Einheit von activen und

Digitized by Google

passiven Vermögensstücken bei den Testamenten Eingang. Man nahm neben den Legaten auch die Erbeseinsetzung als wesentlichen oder wenigstens natürlichen und regelmäßigen Bestandtheil des Testaments an, so daß, wenn die Erbeseinsetzung fehlte, die Verfügung nur den Charakter eines Codicills behielt. Indeß wurde freilich von den Römischen Formalitäten der Testamentserrichtung, auch wo sie eine Erbeseinsetzung voraussetzte, sehr Vieles nachgelassen.

Mit dem Begriff des Erbeseins, worin die absolute Verpflichtung liegt, die Schulden auch über den Bestand der Masse hinaus zu bezahlen, war es nothwendig verknüpft, daß das Erbewerden in den freien Willen des Eingesetzten verstellt werden mußte. So folgte es von selbst, daß mit jenem Begriff auch der der Erbschaftsantretung, und die Trennung von Devolation und Acquisition Eingang fand. Der Deutsche Satz des Uebergangs **ipso jure** mußte dagegen zurückweichen.

Für die Intestatsuccession war das Eindringen des Römischen Rechtes schwerer. Die Deutschen Rechtsansichten, welche wesentlich darauf beruhen, daß das Vermögen nach den verschiedenen Gründen, wie es vom Erblasser erworben war, oder nach den Zwecken seiner Benutzung, in verschiedene Klassen zerfalle, bewegliches und unbewegliches, Erbgut und wohlgewonnen Gut) widersprachen dem Römischen Begriff von der Einheit der **hereditas**. Diese deutschen Grundsätze lebten in gar vielen Punkten im allgemeinen Rechtsbewußtsein fort, weil sie in wohlbegründeten Sitten und Lebensverhältnissen ihre Stütze fanden. Am leichtesten drang noch der Römische Begriff der Cognation, und die Stufenfolge, in der die Blutsverwandten Anspruch auf das Vermögen des Verstorbenen machen könnten, ein [1]). Aber die Stellung, welche das Römische Recht dem überlebenden Ehegatten angewiesen hatte, behagte Deutschem Sinne nicht, und so finden wir denn hierin fast allenthalben vom R. R. abweichende angemessenere Rechtsregeln, die meistens mit der Gütergemeinschaft zusammenhängen. Ferner sagten auch die Römischen Regeln über das Verhältniß der testamentarischen

1) Dies findet sich deßhalb schon in vielen Landrechten, welche die Testamente mit der Römischen Erbeinsetzung noch nicht kennen.

Digitized by Google

zur Intestatsuccession, und die Befugnisse des Erblassers, durch sein Testament die Intestaterben auszuschließen, keineswegs dem Deutschen Wesen vollkommen zu. Man nahm in die Stadt- und Landrechte nur das materielle, nicht das formelle Noterbenrecht, d. h. den Anspruch der De- und Ascendenten auf die **legitima** auf; anderntheils aber waren in dieser Hinsicht die Deutschen Ansichten von gewissen Compleren der Vermögensstücke, an welchen die nächsten Erben ein durch das Testament nicht zu schmälerndes Anrecht hätten, an vielen Orten lebendig geblieben. Dahin gehören namentlich die Erbgüter und das Heergewette. Freilich waren alle diese eigenthümlichen Deutschen Rechtsansichten nicht geeignet, um den Römischen Begriff des Erbewerdens mit seinen Folgerungen auch als juristische Grundlage der Intestatsuccession lange fern zu halten. Er empfahl sich, obgleich er keineswegs eine in der Natur der Sache liegende Nothwendigkeit ist, doch sehr durch seine praktische Brauchbarkeit, und die Einfachheit der Grundsätze, welche dadurch für das ganze Erbrecht maaßgebend werden. Und von der anderen Seite war er auch gar nicht so exclusiv, daß er nicht auch für Deutsche Rechtselemente die juristische Basis hätte werden, oder wenigstens diese ohne Inconsequenzen neben sich bestehen lassen können. So ist es gekommen, daß das Römische Erbesein, die Erbantretung (**hered. aditio**), und die daraus folgende Verpflichtung zur gesammten Schuldenzahlung gemeines Deutsches Recht auch für die Intestatsuccession geworden sind, daß aber mancherlei Deutschrechtliche Erbbefugnisse, die nun theils als Universal- theils als Singularsuccessionen sich gestalten, vor oder neben den Römischen Erbklassen sich an vielen Orten erhalten haben. Ein Ueberrest aber davon, daß der Römische Begriff des Erbeseins und der Erbantretung zuerst bei den Testamenten Eingang fand, ist noch darin zu erkennen, daß in manchen Stadt- und Landrechten das, was über die Antretung gesagt wird, den Worten nach nur von der testamentarischen Succession gilt, während es dann doch von der Intestatsuccession (von welcher immer erst hinterdrein die Rede ist) offenbar gar nicht ausgeschlossen sein soll. —

Nach diesen Vorbemerkungen halte ich es für das Geeignetste, dem Leser in kurzem Auszuge eine Reihe von Stadt-

Digitized by Google

und Landrechten des sechzehnten bis achtzehnten Jahrhunderts vorzuführen, wodurch einestheils das eben Gesagte bestätigt, anderntheils wohl ohne weitere Beweisführung einem Jeden die Gewißheit sich aufdrängen wird, daß eine durchaus bewußte, auf gesundem practischen Sinn ruhende Rechtsüberzeugung die Prätorischen Antretungsformen und Fristen völlig verbannt hat, obgleich man allgemein der Ansicht war, daß im Justinianeischen Corp. jur. dieselben noch anerkannt seien.

§. 187. Indem ich jetzt darstellen will, in welcher Weise der Römische Begriff der Universalsuccession in Deutschland recipirt worden ist, ferner welche Erbklassen und welche Antretungsregeln man als gemeinrechtliche anerkannt hat, gehe ich, wie schon bemerkt, von dem unzweifelhaften Satze aus, daß es im Anfange des 16ten Jahrhunderts bereits Testamente gab, worin man Vermächtnisse anordnen konnte. Wie diese Testamente mit den Deutschrechtlichen Vergabungen auf den Todesfall zusammenhängen, und ob sie dem Römischen Rechte entlehnt seien oder nicht, habe ich hier nicht zu untersuchen [1]). Nur muß ich noch einige Beschränkungen, denen sie unterworfen waren, hervorheben, indem diese auch in der Folge hie und da bestehen blieben. Einestheils war es nämlich vielfach nur erlaubt, eine bestimmte Quote des Vermögens in solchen Testamenten zu vergeben [2]). Anderntheils aber war es eine sehr verbreitete Regel, daß man nur über wohlgewonnen Gut testiren könne, also die Erbgüter davon ganz unafficirt blieben [3]).

1) s. darüber Albrechts Gewere S. 204. ff. Beseler Erbverträge I. §. 14. Albrecht in Richter u. Schneiders Krit. Jahrb. 1842. S. 326. ff.

2) Z. B. konnte nach Danziger Recht über den vierten Theil verfügt werden. (Rechte od. Willkühr der Stadt Danzig 1732. II. 5. Art. 2.). Andere derartige Beispiele s. bei Heineccius de testamentifact. jure Germ. arctiss. limit. circumscripta §. 22. (Opuscula p. 953.).

3) s. z. Jülich-Bergisches Landrecht c. 69. (in Maurenbrecher Rheinpreuß. Landrecht I. S. 218). Hadeler Landrecht III. 8. (Pufendorf. obs. app. I. p. 39.). Kedinger L. R. Tit. 14. 20. (Puff. app. I. p. 151. 155.). Amt Hagen ad sec. Art. (Puff. app. III. p. 6. 14. 20. 26.). Göttinger Stat. (Puff. app. III. p. 190). Bremisches Ritterrecht. (Puff. app. IV. p. 33.) Alteland (Puff. app. IV. p. 42). Braunschweiger Stadtrecht.

Digitized by Google

Wir gehen nun aber zu den Stadt- und Landrechten über, in denen sich der Römische Begriff der Universalsuccession, sie namentlich bei Testamenten die Erbeseinsetzung, recipirt findet.

1. Scheinbar gehört hieher schon die Revision des Lübischen Stadtrechts v. 1586. Es ist aber in der That nicht der Fall. Das Röm. Recht ist hier gar nicht eingedrungen. Die Intestatsuccession erscheint ganz eigenthümlich, und wenn auch bei Testamenten, die sich auf wohlgewonnen Gut beziehen (II. 1. Art. 2.), von der Erbeinsetzung als einem nothwendigen Erforderniß die Rede ist (II. 1. Art. 12.), so bedeutet dies doch die Bedenkung des nächsten Erben, nicht den Römischen Rechtsbegriff. Abgesehen hievon ist auch nur von Legaten die Rede.

2. Anders verhält sich es mit dem Rostocker Stadtrecht v. 1757., obgleich dasselbe meist wortgetreu das Lübische Recht in sich aufgenommen hat. Hier findet sich ganz der Römische Begriff der Erbeinsetzung und Enterbung, im Gegensatz zu den Legaten, die Codicillarklausel soll immer subintelligirt werden, das Römische Pflichttheilsrecht hat vollen Eingang gefunden. Jener Artikel des Lübischen Rechts, der von der Erbeinsetzung handelt, ist so umgestaltet, daß er nun in der That von der Römischen **heredis institutio** spricht. (II. 1. Art. 21. 23. 24. 26. 28.). — **Ab intestato** wird für das Recht der Ehegatten in Folge der G. G. viel Deutsches Recht anerkannt, im Uebrigen aber ist die Succession der Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandten mit wenigen Aenderungen die der Nov. 118. (II. 2. Art. 20, 40—51). Außerdem heißt es: (II. 2. Art. 1.). „Stirbet ein Ehegatte und hinterläßt derselbe keine Blutsfreunde, so soll der überlebende die ganze Erbschaft haben." (**b. p. unde vir et uxor**). Zuletzt, wenn kein Erbe sich in Jahr und Tag meldet (Lübisches Recht), verfällt sie der Stadt. (Art. 52.). — Der Begriff der U. S., die Verpflichtung zur vollen Schuldenzahlung **pro rata** unter mehren Erben, ferner die Erbantretung durch einfache Willenserklärung, mit dem **benef. inventarii** und dem

---

1532. (worin das Röm. Intestaterbrecht schon sehr vollständig ist) Tit. v. Giften u. Testamenten. (Puff. opp. IV. p. 117).

Digitized by Google

spatium deliberandi (was aber in drei Monate eingeschränkt ist) sind ganz aus dem Römischen Rechte (**eod. Art. 56. 57. 59**).

3. Gehen wir gleich zum Sächsischen Rechte über, wo besonders in den Constitutionen Augusts von Sachsen **1572.** das Röm. Recht in seinem Gegensatz zum Deutschen zuerst genauer regulirt wurde. Die Uebergaben des Vermögens auf den Todesfall (**donationes omn. bon. causa mortis** genannt) werden anerkannt, wenn sie gerichtlich sind (**III. Const. 1.**). Das Recht, daß der Erbe, „so **ab intestato** succedirt," davon ein Viertel abzöge (welches „die Wohlthat **ex lege Falcidia**" heißt), findet keine Billigung. Hat sich aber (**Const. 2.**) der **donator** ein Reservat gemacht, so soll dies den Blutsfreunden zufallen. Die Testamente des R. R. mit Erbeseinsetzung werden vollkommen anerkannt, ja es ist sogar von einem Testamente, das **saltem jure Praetorio** gelte (s. oben §. 185. zu Note 3.), die Rede (bis **Const. 13.**). — **Ab intestato** werden in Gemäßheit des gem. Rechtes beide Eltern zusammengerufen (**Const. 17.**), und die Succession der Geschwister und Geschwisterkinder stimmt (mit einigen wahren und vermeintlichen Ausnahmen) ebenfalls mit dem Röm. R. überein (**Const. 14. 18.**). Die Frau erhält nach des Mannes Tode, wenn Kinder da sind, mag sie reich oder arm sein, $^1/_4$, wenn keine Kinder da sind, $^1/_3$, in beiden Fällen aber erst nach Bezahlung der Schulden (diese erscheinen also schon als auf der ganzen Erbschaft liegend). Auch muß die Frau dann ihr ganzes Gut und Gerade conferiren, doch kann sie wählen, ob sie statt jener Quoten ihr Gut herausziehen will (**Const. 20.**). Der Mann erhält betagtes Erbegeld, ferner Fahrniß und Gerade der Frau (**Const. 21.**). Von der **b. p. unde vir et uxor** ist nicht die Rede [4]), und in Ermangelung der Erben fällt das Gut an die Ortsobrigkeit (**Const. 38.**).

---

4) Ueber das neuere Recht, wonach der Ehegatte sogar schon beim Vorhandensein entfernter Verwandten das Ganze erhält, s. Haubold Sächs. Privatrecht. §. 331. b. Wie weit überhaupt in Sachsen die Römischen Grundsätze über Vornahme und Folgen der Erbantretung recipirt sind, s. ebendaselbst §. 346. ff. Jedenfalls sind immer nur Grundsätze der her. ad. anerkannt, von b. p. agnitio ist trotz jenes testamentum ex jure praetorio gar keine Spur.

Digitized by Google

4. Von großem Intereſſe für die Reception des R. R. ſind die Hamburger Statuten v. 1603, als ein Beweis wie unorganiſch man es oft mit fortlebenden Deutſchen Inſtitu-ten zuſammenſtellte. Es wird eine eigene Teſtamentsform ge-gegeben, aber Jedem (wie in Nürnberg, Baſel und vielerwärts auch freigelaſſen, nach Röm. Recht zu teſtiren (III. 1. Art. 2. u. 3.). Eine Erbeinſetzung iſt nicht erforderlich (Art. 2); dagegen findet das Röm. Pflichttheilsrecht für Deſc., Aſc. und Geſchwiſter (Letztere fehlen in den meiſten Rechtsbüchern) volle Anerkennung (Art. 23. 34 ff.). Trotz jenes Art. 2 wird aber doch die Römiſche Erbeinſetzung und Subſtitution im Allgemeinen als regelmäßiger Inhalt des Teſtaments vor-ausgeſetzt, ebenſo wie auch der Röm. Begriff von Erbantre-tung (Art. 35.). Es hat alſo dieſe Unnöthigkeit der Inſtitu-tion hier eine ganz andere Bedeutung, als wenn wir ſagen, daß ſie dem Lübiſchen und den in Note 3. citirten Rechten unbekannt ſei, indem nämlich die Röm. Begriffe ſchon ganz recipirt ſind, nur mit Ausnahme des einen Satzes, daß durch den Mangel der Inſtitution das Teſtament vernichtet werde. Vielmehr gilt es nun als Codicill. — So iſt denn auch die Römiſche Legatenlehre (Tit. 2.) und überhaupt der volle Begriff des Erbeſeins angenommen, namentlich mit der Folge, daß nach Antretung der Erbſchaft („ſo er ſich einmahl der Erbſchaft unterzieht") die Verpflichtung zur Schulden-(„alle des verſtorbenen Schulde") und Legatenzahlung eintritt, wogegen man ſich nur durch das **benef. inventarii** ſchützen könne (Tit. 7.).

Bis hieher finden wir alſo volle Reception der Römiſchen Begriffe, aber ſchlecht paßt dazu das III. 1. Art. 4—14. an-erkannte Recht der nächſten Erben auf das Erbgut, wobei im Art. 4. noch ganz wie in den Rechten der Note 3. nur vom Teſtament über das wohlgewonnene Gut die Rede iſt, welches man nach Abzug der Schulden beliebig vergeben könne. Hier findet ſich alſo durchaus die Deutſche Rechtsanſchauung, daß es eine Singularſucceſſion **deducto aere alieno** begründe, wo-bei eigentlich nur der Ueberſchuß als vermacht erſcheint, und alſo von einer Haftung für die Schulden über die activa hin-aus gar nicht die Rede ſein kann.

Digitized by Google

Wenn man nun übrigens irgend einen Zusammenbestehen dieser heterogenen Elemente durchführen will, so darf man nicht, lediglich auf diesen Art. 4. gestützt, sagen, die Hamburger Reformation kenne die Röm. U. S. noch nicht [5]), sondern da der Art. 4. auch so interpretirt werden kann, daß er den an anderen Stellen entschieden aufgenommenen Röm. Principien nicht widerspricht, so müssen wir umgekehrt sagen, der Begriff der U. S. bilde bereits die juristische Grundlage der Testamentenlehre, und trete vollkommen ein, wenn der Erblasser kein Erbgut hat; wogegen, wenn dies vorhanden ist, die nächsten Erben ihr gesetzliches Recht darauf als eine aus der U. S., wie ein Vermächtniß, abzutrennende Singularsuccession geltend machen. Aber auch dies kann durch die Einwilligung der nächsten Erben wegfallen. Daß die Erbgüter von bedeutendem Werth sein können, darauf kommt natürlich nichts an.

Ab intestato (Tit. 3.) fallen bei beerbter Ehe die Güter auf den Ueberlebenden und die Kinder. Bei unbeerbter Ehe hat der Ueberl. ein Jahr lang Wohnung und Unterhalt nebst dem Gesinde aus den Gütern, erhält aber von der Substanz nichts [6]), vielmehr fällt das Vermögen in Ermangelung von Kindern gleich auf die Eltern, dann vollb. Geschwister und Geschwisterkinder, darauf Großeltern und Halbgeschwister, zuletzt die übrigen Seitenverwandten.

5. Lüneburgsche reformirte Statute 1722. Die Erbeseinsetzung sowie die Berücksichtigung des Röm. Pflichttheilsrechts werden als wesentliche Erfordernisse des Testaments hervorgehoben (IV. Tit. 2. Tit. 3. pr.). Daneben (Tit. 8.) bestehen Uebergaben auf den Todesfall vor 2. Rathmannen oder ausnahmsweise 2. Zeugen und Notar. Das Reservatum fällt ebenso wie im Sächsischen Recht den nächsten Blutsfreunden zu. **Ab intest.** bei Desc., Asc. und Seitenverwandten fast ganz Röm. Recht, nur gehen die Eltern wie in Hamburg den Geschwistern vor (V. Tit. 1—4.). Die Succession der Ehegatten mit und ohne Kinder ist eigenthümlich Deutsches Recht (VI. Theil). Von Erbantretung ist gar nicht die Rede.

b. Cellesches Stadtrecht (Erste Ausgabe von Bil-

5) Gerber das wissenschaftl. Princip. S. 208.

6) Er theilt nicht, wie Gerber a. a. O. meint, mit den Blutsfreunden.

Digitized by Google

derbeck. 1712.). Tit. 10. Ein Testament ohne Erbeinsetzung ist ungültig. Den De- und Ascendenten soll ganz nach gemeinem Recht die **legitima** hinterlassen werden. Tit. 11. Die Erbnahme ist nach Inhalt und Ausweisung des Testaments zu halten. Die Güter sollen verschlossen werden, und nach dem Begräbniß hat der Erbe beim Bürgermeister auf Errichtung eines Inventars anzutragen. **Ab int.** ganz die Klassen der Nov. 118. (bei den Descendenten die Bestimmung, die sich auch anderwärts findet, daß der jüngste Sohn das Haus erhält). Tit. 12—15.

Die Frau bekommt (Tit. 16.) beim Tode des Mannes ihr zugebrachtes und angefallen Gut, so wie die Gerade, kann aber auch mit ihren eigenen Kindern in den Gütern sitzen bleiben. Ist die Ehe kinderlos, so erhält der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen [7]), und es werden für ihn die **poenae secund. nupt.** in beschränkter Weise aus d. R. R. anerkannt. — Neben der U. S. besteht hier auch noch das *Recht* des von der Schwerdtseite Verwandten auf das Heergewette, was hier also, ebenso wie nach Hamburger Recht die Erbgüter, als eine neben der U. S. geltende gesetzliche Singularsuccession erscheint (Tit. 18.). Daß man den Begriff der U. S. vollkommen anerkannte, erhellt aus folgenden Worten des Tit. 19. „Wer Erbe nimmt (d. h. die Erbschaft antritt), muß auch die Schuld bezahlen und die Beschwerungen tragen. Von Uebergaben, Legaten und Geschäften dagegen ist man nicht pflichtig Schulden zu bezahlen, es sei denn, daß ohne die die Schuld nicht mag bezahlet, und den Erben ihre **legitima** und gebührlicher Antheil werden."

7. Es ist von Interesse mit dem Bisherigen den Rechts-

---

7) Ich weiß nicht, ob dies Deutsches Recht ist, oder eine eigenthümliche Ausdehnung der b. p. vir et uxor? (s. unten Aehnliches im Böhmischen Recht, wonach aber ein wahrer Universalerbvertrag geschlossen sein muß). Man könnte vielleicht sagen, daß das Erbrecht des Ehegatten sich im Celleschen Recht auf die Präsumtion eines Erbvertrages stütze, welcher früher so wie im Böhmischen R. ausdrücklich errichtet werden mußte, und dessen Wirkung man dann allgemein annahm, auch wenn er im einzelnen Fall unterblieben war. Dadurch wäre denn eine Erklärung des Rechtssatzes aus dem R. R. ausgeschlossen.

Digitized by Google

zustand von Liv- und Esthland zu vergleichen, welcher ganz unserm gemeinen Rechte entspricht. Durch das Werk v. Bunge's haben wir davon sichere Kunde. Ueber das Erbrecht der Blutsverwandten s. v. Bunge, II. Thl. §. 364 ff. Hinter diesen wird auch hier der Ehegatte auf das ganze Vermögen gerufen (d. b. p. **unde vir et uxor**) §. 363. Note f. und darauf die Corporationen und der Fiskus §. 374. 75. — Der Begriff der Römischen U. S. ist durchaus dem Erbrechte zum Grunde gelegt, aber auch hier besteht daneben, wie im Hamburger und Celler Stadtrecht, das Recht der nächsten Erben auf die Erbgüter, und des ältesten Sohnes **etc.** auf das Heergewette §. 370. 373. — Die Erbantretung ist allgemein die **her. ad.**, aus der auch ganz die Röm. Folge der vollen Schuldenzahlung hervorgeht. v. Bunge stellt es (§. 401. 402.) für Livland scheinbar anders dar. Es gilt aber im Grunde dort nichts, als ein etwas modificirtes **benef. inventarii**, indem nur unter dieser Voraussetzung der Erbe lediglich bis zum Bestande der Masse die Schulden zu zahlen hat. Das Recht der Prätorischen Agnition ist entschieden unpractisch §. 100. Note b.

8. Kehren wir nun nach Deutschland zurück. Das Böhmische Recht 1592. [8]) enthält, freilich mit mancherlei Verkehrtheiten, ganz die Römischen Rechtsbegriffe der Universalsucc. und der Schuldenzahlung [9]) (c. 25. F. 17—19.). Die Suc-

8) „Das Behmisch Recht. Wie dasselbe in des Königreichs Beheim neuen Stadt Prag in üblichem Brauch gehalten wird. Leipzig bei Henning Grossen. 1607." — Laut der Vorrede scheint es überhaupt das Stadtrecht von Böhmen, nicht bloß von Prag, zu sein.

9) der Art. 19. ist interessant auch in Beziehung auf die Erbverträge. Er lautet: „Alle und jede Erbschaften entspringen und kommen her entweder von Stammen nach der Freundschaft durch derselben Absterben, oder durch ordentlich Testament, oder durch freiwillige übergegebene Verschreibung unnd Abtretung der Güter. Der Erbe soll gleichfalls so vollkömliche macht und gewalt haben in allem als sein Vorfahrer gehabt. Der Erbe soll seines verstorbenen Vorfahren Schulden zahlen, denn die Gläubiger sind die ersten und fürnembsten Erben in des Schuldners Güter. Die Inhaber der Güter sind so wohl als die Erben zur zahlung der Schulden verbunden." Dieser letztere Satz, der im folgenden Artikel noch weiter erklärt wird, scheint sich nur auf die Schulden zu beziehen „die auf dem Gute versichert sein." — Rücksichtlich des Erbvertrages sieht man aus den Worten Verschreibung

Digitized by

cession **ab int.** ist ganz dem R. R. gemäß, indeß werden die Cognaten nur bis zum **10.** Grade gerufen (s. oben §. 153. Note 9.), in deren Ermangelung die Erbschaft, wenn auch kein Testament gemacht ist „zugeht und verlischt“ (c. 24. C. 15.). Der Ehemann soll beim Tode des Weibes das Gut „vor den Kindern innehalten und regieren“ (c. 17. C. 57.), die Frau theilt beim Tode des Mannes mit den Kindern zu gleichen Theilen, in deren Ermangelung bekommt sie das ganze Gut (c. 17. C. 61.), sobald sich überhaupt die Ehegatten ihr ganzes gegenwärtiges und künftiges Gut „zu erblichem Besitz und Regierung“ gegenseitig aufgegeben haben (Erbvertrag).

Die Erbschaftsantretung ist ganz die **ber. ad.**: „wenn er in die **possession** des Gutes eingeht.“ Alsdann muß der testamentarische Erbe (von diesem ist hier nur die Rede, aber es soll gewiß auch bei den Erben aus Blutsfreundschaft und Erbvertrag nicht anders sein) die Schulden *zahlen*, wenn er nicht ein Inventar macht, zu dessen Errichtung er sich in 6 Wochen bereit erklären muß (c. 22. E. 27.). Zur Gültigkeit des Testaments gehört, daß ein Erbe ernannt sei, Erbe ist aber der, welchem „ein mehrer Theil eines Guts“ hinterlassen wird! (c. 22. D. 33.)

9. Nürnberger Reformation. 1564. Auch hier finden wir ganz die Grundlage der Röm. Begriffe. Der Erbe hat für die Antretung eine Deliberationsfrist (welche in 3 Monate eingeschlossen ist), und vor den bösen Folgen der Antretung kann er sich nur durch das Inventar schützen. Tit. 29. Ges. 16. Tit. 38. Ges. 1. In dieser letzteren Stelle wird denn auch gesagt, daß aus der Errichtung des Inventars das Recht auf die **Quarta Falcidia** folgt, was zu der Aufhebung derselben in Tit. 29. Ges. 10. gar nicht paßt. — Der Begriff des Erbeseins ist vollkommen anerkannt, die Legatare sollen sich an ihn halten (Tit. 31. Ges. 1.). Vorher sind die

---

und Abtretung der Güter, daß hier das alte Moment der Begabungen, die Ueberlassung der Gewere, auch beim Erbeinsetzungsvertrage festgehalten wird, wie auch das im Texte angeführte Beispiel des gegenseitigen Erbvertrages unter Ehegatten sehr deutlich zeigt. Dies spricht für Albrechts Ansicht. (s. Note 1.).

Digitized by Google

Schulden zu bezahlen (Tit. 31. Ges. 2.). Indessen ist die Erbeseinsetzung kein wesentliches Erforderniß für Gültigkeit des Testaments, was ebenso wie im Hamburger Recht zu erklären ist. Dagegen findet sich das Römische Pflichttheilsrecht anerkannt (Tit. 29. Ges. 9.). **Ab int.** enthält Tit. 33. über die Erbschaft der Ehegatten Deutsches Recht. Im Uebrigen sind die Klassen der Novelle 118. angenommen (Tit. 34. 35.).

Die Nürnberger Reformation ist aber deßhalb von besonderem Interesse, weil sie in einem eigenen Titel (37.) die Lehre vom gerichtlichen Einsatz enthält. Es ist dies für unser folgendes Kapitel von Wichtigkeit. Der eingesetzte Erbe hat das nächste Recht auf den Einsatz (Ges. 1.) „ungeacht obgleich dasselbig Testament oder letzter Wille gestritten oder disputirt wurde." Ges. 2: Wenn kein Testament da ist, oder die eingesetzten Erben den Einsatz nicht erlangt haben, so werden „die nächsten Freunde zu gleichem Geprauch und Genieß der verlassenen Güter auf ihr Begehren eingesetzt"; wobei der Nächste dem weiteren vorgeht [10]). In beiden Fällen sollen aber die Erben die Erbschaft unverzüglich annehmen, sonst werden die Gläubiger zugelassen, sich zu den Gütern zu thun. Hat nun Jemand Einreden gegen den Einsatz, so soll er sie in 8 Tagen vorbringen, wo nicht, so wird der Gegner gegen Caution eingesetzt, oder (offenbar wenn keine Caution geleistet wird) die Güter sollen in Verwahrung genommen, und zum förderlichsten erkannt werden, „welcher under ihnen oder ob sie beed, oder jeder zu seinen Rechten eingesetzt werden soll." — „So aber (Ges. 1.) der Inhaber der Güter sich deß aus ansehnlichen Ursachen weigern wurde, steht einem Rath bevor auf ansuchen und verhör der Parteien mit oder außerhalb der gerichtlicher Ordnung die Gepür zu verschaffen, unvergriffentlich ains jeden Gerechtigkeit des Aigenthumbs und derselben ordentliche Ausführung halben" [11]). — Wenn dann

---

10) v. Weber (Darstellung der Provinzialrechte Baierns II. S. 870) sagt nach dieser Stelle, das **Rem. ex l. ult. C. de ed. div. H. toll.** stehe also auch den Intestaterben zu. Es ist aber offenbar die Verbindung der **missio Hadriana** und des **Int. quor. bon.** zu einem einzigen Institut.

11) Man kann hier die Uebersetzung aus dem R. R. „**sin autem ali-**

Digitized by Google

hinterdrein dem Eingesetzten (Ges. 3.) durch Proceß (offenbar die **her. pet.**) die Güter aberkannt werden, so muß der **mal. fid. possessor** alle Nutzung ersetzen, der **pro her. possessor** aber erst von der **litiscont.** an.

10. In der Frankfurter Reformation ist in Bezug auf die Erbschaftsantretung nur von der Inventars- und Deliberationsfrist die Rede, welche Letztere auf 2 Monate für abwesende Berufene beschränkt ist (VI. 1. §. 1. 2.). Man kennt dort, ebenso wie in Nürnberg, die Lehre vom Einsatz, denn in den Anmerkungen zur Reformation (dritte Fortsetzung S. 5. der Ausgabe von 1751.) wird ein Fall angeführt, wo nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes, der Kläger mit dem **Int. quor. bon.** siegt, und ausdrücklich anerkannt wird, daß der Anstellung desselben nur die 30 jährige Verjährung entgegenstehe, da der Berufene nicht von den Gläubigern zur Erbittung eines **spatium deliberandi** aufgefordert sei. Von den Fristen der **b. p.** ist dagegen *gar nicht* die Rede.

11. Statuten von Worms 1534. Im Testament soll ein Erbe eingesetzt sein (IV. 3. Tit. 1.). Ein testamentarischer Erbe soll in 4 Monaten (Auswärtige in 1 Jahr) erklären, ob er Erbe werden will; dann hat er alle Schulden zu zahlen, wenn er dagegen ein Inventar macht, so haftet er Gläubigern und Legataren soweit die Erbschaft reicht (**eod.** Tit. 10.). **Ab int.** bestehen für die Blutsverwandten ganz die Klassen der Novelle (IV. 4. Tit. 1.). Der Ehegatte erhält die Errungenschaft, und kann auch in den Gütern sitzen bleiben.

12. Gericht- und Landordnung von Solms und Minzenberg 1571. (von Fichard). Die bisherige Gewohnheit, daß Uebergaben auf den Todesfall „nur ungebadt und ungestabt underm Himmel oder für Gericht“ geschehen könnten, wird aufgehoben, und das Römische Testament, als das Bequemere (mit freieren Formen), an die Stelle gesetzt. (Tit. 23.). Die Erbeinsetzung der De- und Ascendenten, se

---

quis contradictor exstiterit“ und „secunda actione proprietatis non exclusa“ gar nicht verkennen.

Digitized by Google

wie überhaupt die Erbeinsetzung werden für nothwendige Theile des Testaments erklärt. — Die Intestatklassen der Verwandtschaft (Tit. 24. ff.) sind ganz aus dem Römischen Rechte geschöpft. Daß hinter den Verwandten der überlebende Ehegatte das ganze Vermögen erhalte, wird ebenfalls aus dem R. R. anerkannt, aber, da dies selten vorkomme, nicht für genügend erachtet, weßhalb denn zu seiner besseren Berechtigung Deutschrechtliche Sätze daneben stehen. (Tit. 28.). Die Anerkennung des Römischen Erbschaftsbegriffes auch **ab intestato** sieht man schon aus Tit. 25.: „so erben dieselben Kindern alle väterliche und mütterliche Erbgüter, leygend und fahrend, nichts ausgenommen."

13. Churfürstlich Pfälzisches Landrecht. 1606. (erneuert 1657 u. 1698). Dies enthält eine besonders vollständige Annahme des R. R. — Die Erbeinsetzung ist bei Testamenten nothwendig (II. 9.), und es wird überhaupt sehr ausführlich die Röm. Testamentenlehre dargestellt. In Tit. 17. findet sich bei Gelegenheit der Erbschaftsantretung die volle Anerkennung des Begriffs der U. S., und der Römischen Regeln von der **her. ad.**, dem **spat. deliber.** und dem **benef. invent.** — **Ab int.** ganz die Klassen der Nov. 118., hinterdrein das Erbrecht des überlebenden Ehegatten in Vorzug vor dem Fiskus, fast ganz mit den Worten des Solmsischen Rechts (III. 11.) [12]). Daher werden auch hier, da sich dies Erbrecht des Ehegatten selten zutrage, demselben noch Deutschrechtliche Erbbefugnisse zugestanden.

14. Nassau Katzenellenbogische Landordnung 1616. — Die Nothwendigkeit der Erbeinsetzung bei Testamenten (III. 4. Art. 2.), ferner das Römische materielle Notherbrecht, und die civilen Regeln der Erbantretung (Cap. 11.) werden anerkannt. Um sich vor den nachtheiligen Folgen der letzteren zu schützen, habe das gemeine Recht zwei Wege, das **jus deliberandi** und das **benef. inventarii**. Beide sind hier beibehalten. — **Ab intestato** finden sich die Klassen der Nov. 118. (IV. 1.—5.), und von den Ehegatten heißt es sodann (Cap. 6.),

12) „Alsdann erst haben die gemeine beschriebene Recht dem überlebenden Ehegemahl, Manns oder Frawen Person, deß verstorbenen Ehegemächts Verlassenschaft zu erben zugelassen, und dem **Fisco** vorgezogen, bei welcher Verordnung wir es lassen bewenden."

Digitized by

die Verordnung gemeiner Kaiserlicher Rechten, daß Ehegatten einander erben mögen, wenn „das abgestorbene Ehegemahl keine Blutsverwandten (**b. p. unde vir et uxor**), oder das letztlebende sonsten von großer Armuth wegen nichts zu leben hätte (**portio conjugis inopis**), — sei hier zu Lande nie angewandt worden, und daher solle es bei dem uralten Gebrauch sein Bewenden haben, daß der Ueberlebende, gegen Bezahlung aller Schulden, die Fahrniß und die Hälfte der Errungenschaft, an der anderen Hälfte dagegen so wie an allen übrigen Gütern den Nießbrauch erhält.

15. Landrecht des Erzstifts Trier. 1668. erneuert 1753. Hierin ist am meisten von allen Landrechten die äußere Ausdrucksweise dem Römischen Rechte, oder vielmehr den Romanisten entlehnt. — Die Erbeinsetzung im Testamente wird nicht für nöthig erklärt. (Tit. 1. §. 26.). **Ab int.** sind zuerst die Klassen der Nov. anerkannt, und hinterdrein heißt es auch hier von den Ehegatten, deren gemeinrechtliche Erbbefugnisse (**b. p. unde vir et uxor**, und **portio conj. inop.**) seien hier nicht gebräuchlich, sondern es gelten dieselben Gewohnheiten wie in Nassau, welche nur im Einzelnen noch umgestaltet werden. (Tit. 6.). Die Römische Antretung mit ihren Folgen gilt vollständig, indeß ist sie allgemein in eine dreimonatliche Frist eingeschränkt. Um sich vor Schaden zu schützen, müsse man ein Inventar machen.

16. Churf. Mainzisches Landrecht. 1755. Sehr vollständige Aufnahme des Röm. Rechts in der Testamentenlehre (Tit. 8. ff.), wobei auch gelegentlich das **testamentum ruptum**, welches durch Prätorisches Recht aufrecht erhalten wurde, erwähnt wird [13]). **Ab intestato** wird hinter den Klassen der Nov. 118. das Erbrecht des überlebenden Ehegatten anerkannt [14]). Das Notherbenrecht ist das Röm. Pflichttheils-

---

13) Tit. 13. §. 9. „Stürbe aber ein nach gemachtem Testamente gebohrenes Kind annoch bei Leben seiner Eltern, so bleibt ein solches vor der Geburt sothanen Kindes gemachtes Testament dennoch bei seinen Kräften." Von der Agnition der b. p. welche bei einem solchen Testament noch nöthig wäre, ist gar nicht die Rede.

14) Tit. 14. § 10. „Verlasset aber der Verstorbene keine Erben — aus der Zwerch-Linie bis zum zehenden Grad, (ebenso wie im Böt-

Digitized by Google

echt (Tit. 9.), und die Erbantretung ganz die **hereditatis** ditio mit dem **spatium deliberandi** (von 3 Monaten), und em **benef. inventarii**. (Tit. 15.).

17. Würtembergsches Landrecht 1567. (1555). Die Erbeinsetzung ist nöthig zur Gültigkeit des Testaments, ndeß soll es auf die Worte nicht ankommen (3 Thl. Tit. von Einsetzung d. Erben"). Der Erbe **ab int.** oder **ex test.** st alle Schulden und Legate zu zahlen verpflichtet, damit aber ie Erbschaften „ohn Schaden adiert werden, soll das geschrie- ene Recht des Inventars ingehalten werden," nur mit Be- chränkung der Formalitäten (Tit. „von Annehmung der Erbsch."). Beim Intestaterbrecht sind Klagen über die vielen erschiedenen Ortsgebräuche vorausgeschickt, welche nun hier eordnet und geläutert werden. Es sind die Deutschrechtlichen Lehren über die Vererbung bei Concurrenz der Ehegatten. Im Uebrigen bestehen die Klassen der Nov. 118., und zu- etzt wird noch besonders das gemeine Recht „für alle übrige edige Erbfälle" bestätigt.

18. Landrecht des Fürstenthums Ober- u. Nie- der-Bayern 1616. Bei den Vorschriften über die Testa- mente werden (Tit. 34. Art. 16.) die bisherigen Ortsgewohn- heiten ausdrücklich anerkannt, obgleich angerathen wird, die Vorschriften des Landrechts zu observiren. Im Tit. 35. Art. 1. wird die Erbeinsetzung für ein wesentliches Stück des Te- staments erklärt. Im Tit. 40. u. 41. sind ganz die Klassen der Nov. 118. anerkannt, dagegen gelten für die Ehegatten besondere Bestimmungen. Die Frau erhält, wenn Kinder vor- handen sind, die Errungenschaft, und Kindestheil am Vermö- gen des Mannes, der Mann dagegen die Errungenschaft nebst dem Nießbrauch an dem ihm bestimmten Heirathsgut. Wenn keine Kinder da sind, so bekommen die nächsten Erben das Vermögen, der überlebende Ehegatte aber die Errungenschaft,

---

mischen Recht) juxta computationem civilem d. i., nach den ge- meinen weltlichen Rechten, so succedirt ihme der letztüberbliebene Ehegatt, welches aber nicht auf die würklich verlobte Braut oder Bräutigam, sondern nur auf die wirklich verheirathete zu verstehen ist." (Manche Schriftsteller hatten nämlich die b. p. unde vir et uxor auch auf Brautleute ausdehnen wollen).

Digitized by Google

jedoch zur Hälfte nur zu Nießbrauch (Tit. 1. Art. 1. 3. u. 4.). Es wird ausdrücklich dabei bemerkt, daß die **portio conjugis inopis** „in diesen Fürstenthumben nie in Uebung gewesen." — Jeder berufene Erbe (mit oder one Geschäfft) soll ein Inventar machen (Tit. 43. Art. 1. 3. u. 4.), und kann dann hinterdrein noch die Erbschaft ausschlagen; nimmt er sie aber an, so hat er ganz die Begünstigungen des gemeinen Rechts. Tritt er die Erbschaft ohne Inventar an, so lasten alle Schulden auf ihm; benutzt er vor Errichtung des Inventars die fahrenden Güter, oder fordert er Schulden ein, so sind ihm die Begünstigungen des Inventars entzogen.

Ueber die Gültigkeit der b. p. in Baiern spricht dann der **Codex Maximil. Bavaricus** (1756.) noch genauer. „Soviel die sogenannte **Hereditatem praetoriam** oder **bonorum possessionem** (wie sie in den Römischen Rechten beschrieben wird) belangt, so ist solche heutzutag nicht mehr in Gebrauch" (III. 1. §. 2.), ausgenommen die **missio ventris nomine** und **Carboniana** (III. 1. §. 12. 13.). Demgemäß wird auch sogar das **Int. quor. bon.** für unanwendbar (III. 1. §. 10.) und nur noch die **missio Hadriana** für üblich erklärt. Ferner wird ausdrücklich auch die **b. p. unde vir et uxor**, sogut wie die **portio conjugis inopis** „als in hiesigen Landen niemals üblich" hervorgehoben (I. 6, §. 35. III. 12. §. 5.). Dagegen sind die Prätorischen Erweiterungen der testamentarischen Erbfolge, z. B. daß der **sub conditione** Instituirte [15]) gegen Caution zugelassen wird (III. 1. §. 10.), daß das durch einen vor dem Erblasser verstorbenen **postumus** rumpirte Testament reconvalescirt (III. 3. §. 25.), anerkannt.

19. **Baseler Gerichtsordnung 1719.** Es bestehen geringere Testamentsformalitäten, aber man kennt auch die des gemeinen Rechts. Wenn man De- oder Ascendenten hat, so kann man, in Ermangelung von Enterbungsgründen, gar kein Testament machen (Art. 438. 439. 513 ff.). Die Erbeseinsetzung ist nicht nöthig, wird aber doch als regelmäßiger Inhalt des Testaments angenommen (Art. 488.). Dabei ist dann der Röm. Begriff der Universalsuccession vollkommen anerkannt,

15) Von einer Erbittung der b. p. von Seiten des bedingt Eingesetzten ist erklärlicher Weise gar nicht die Rede.

Digitized by Google

(s. übrigens §. 174. Note 2). Die Römische Erbantretung gilt mit ihren Folgen der vollen Schuldentilgung und Legatenzahlung, wofern man nicht das **beneficium** des Inventars (das von der Gerichtsschreiberei gemacht wird) für sich hat (Art. 534.). **Ab intestato** gelten mancherlei Eigenthümlichkeiten. Von den überlebenden Ehegatten erhält der Mann $^2/_3$, die Frau $^1/_3$ der Erbschaft. (Art. 469.). Im Uebrigen erben zuerst die Descendenten (Art. 577. ff.), dann die Eltern (Art. 597.), dann Großeltern (stets **in capita**) mit den Geschwistern (von einem oder beiden Banden) und Geschwisterkindern. (Art. 602. 604.). Zuletzt alle übrigen Cognaten nach Gradesnähe **in capita** [16]).

Das Recht des Einsatzes wird für testamentarische Erben beiläufig anerkannt, (Art 498): „auch wenn von Niemand kein Einred beschicht, die Erben in die Güter eingesetzt, da aber von Jemandem dergleichen beschehe, deme ein kurzer Termin zur Einbringung seiner Einred angesetzt, und wenn etliche um den **Possess** streiten, die Erbschaft sequestrirt werden; der dann **in possessorio** oblieget, gegen den mag der andere **in petitorio** klagen."

§. 188. Das in dem vorigen §. zusammengestellte Material wird genügen, um mit Sicherheit die Art und Weise, wie das Römische Erbrecht gemeinrechtlich recipirt worden ist, beurtheilen zu können. Bekanntlich wird der Beweis von der gemeinrechtlichen Geltung eines Rechtssatzes nicht dadurch geführt, daß man darthut, in allen Districten Deutschlands komme derselbe in der That zur Anwendung. Es kann allgemeines Recht geben, was dennoch nicht gemeines ist, und umgekehrt gemeines Recht, was keineswegs allgemein zur Anwendung kommt. Die Bedeutung von allgemeinem Recht enthält bloß das factische Moment der allenthalben verbreiteten Geltung, der Begriff des gemeinen Rechts setzt voraus, daß an jedem einzelnen Orte das Rechtsbewußtsein vorhanden ist, der fragliche Rechtssatz gelte allenthalben als ein gemeinsamer. Diesem Rechtsbewußtsein widerspricht es dann gar nicht, daß

16) s. überhaupt Wunderlich in der Zeitschr. f. Deutsch. Recht VI. S. 201. ff.

Digitized by Google

in bestimmten Districten der gemeinrechtliche Satz wegen entgegenstehenden Particularrechts nicht zur Anwendung kommt. Die von mir angeführten Stadt- und Landrechte würden nicht genügen zum Nachweise der factisch-allgemeinen Geltung, für das gemeinrechtliche Bestehen der uns interessirenden Punkte sind sie dagegen durchaus hinreichend. Wenn in diesen Rechtsbüchern die Principien der Universalsuccession, der Erbantretung, des Deliberationsrechts und Inventars u. s. w. ausgeführt werden, so wird entweder ausdrücklich hinzugesetzt, oder es ist wenigstens aus der ganzen Fassung unzweifelhaft zu ersehen, daß dies gemeines Recht sei. Man wollte also bei der Aufnahme dieser Rechtsinstitute kein particulares Recht aufstellen, sondern man wollte nur das, was durch entschiedenes Rechtsbewußtsein als gemeinrechtlich anerkannt war, der Praxis des einzelnen Landes leicht faßlich und zugänglich machen. Wenn wir also ein Institut in dieser Weise durch die angeführten Rechtsbücher sich hindurchziehen sehen, so wird dadurch seine gemeinrechtliche Geltung übergenug dargethan, und offenbar sind für diesen Zweck diejenigen Landrechte ebenso beweisend, welche das als gemeinrechtlich anerkannte Institut (wie z. B. in Nassau, Trier und Baiern die **b. p. unde vir et uxor**) in Folge particularen Gewohnheitsrechts ausschließen, — als wie jene anderen, welche umgekehrt das gemeine Recht auch in dem einzelnen Lande für anwendbar erklären.

Hiernach lassen sich aus dem Inhalte des vorigen §. leicht folgende Resultate ziehen:

Der Begriff der Universalsuccession ist in Deutschland als ein gemeinrechtlicher entschieden für die testamentarische, notherbenrechtliche und Intestatsuccession recipirt. Es wird wohl nicht als einseitige Vorliebe für das Römische Recht ausgelegt werden, wenn man sagt, daß unser Erbrecht dadurch einen passenden Grundbegriff gewonnen hat. Aber es wäre unpassend gewesen, wenn man neben den civilrechtlichen Regeln, wie diese U. S. deferirt und acquirirt wird, auch noch die abweichenden Regeln der Prätorischen Delation (**successorium edictum**) und Agnition festgehalten hätte. Und so hat denn auch ein sehr einleuchtendes practisches Bedürfniß, ebenso entschieden wie man jene annahm, dahin geführt, diese Letzteren auszu-

Digitized by Google

schließen, obgleich man allgemein der Ueberzeugung war, daß sich Beide im Justinianeischen Rechte noch geschlossen gegenüberständen. Es sind die selbständigen Klassen des Prätorischen Rechtes wenigstens theilweise anerkannt, aber die Prätorischen Delations- und Agnitionsregeln, als eine nothwendige Handlung für den Prätorischen Erben, und als eine vortheilhafte für den Civilerben, sind hinweggefallen.

1. In Beziehung auf die einzelnen Erbklassen ist zuerst für die Geltung der c. t. b. p. aus den angeführten Rechtsbüchern am wenigsten zu ersehen. Es wird freilich überall nur vom Pflichttheilsrecht, wie es durch die Novelle 115. umgestaltet worden war, gesprochen, aber doch immer nur in einer Weise, daß man nicht sieht, ob die Weglassung des formellen Notherbenrechtes aus dem entschiedenen Rechtsbewußtsein seiner Unanwendbarkeit hervorgegangen ist. Die Rechtsbücher lassen hier auch immer die Möglichkeit offen, daß man es nicht aufnahm, weil es sich nur auf einen kleinen Kreis von Personen bezieht [1]), und weil deßhalb die Redaction einer weitläuftigen Rechtslehre nicht der Mühe werth schien. Nur beim Vorhandensein jenes Rechtsbewußtseins würden uns die Rechtsbücher von sicherer Beweiskraft sein. Aber von der anderen Seite ist doch wenigstens auch das klar, daß gar keine positiven Data für die Aufnahme des formellen R. E. R. vorliegen, und daß dies in seiner für Deutschland unpassenden Gestaltung seinen Grund hat. Man kann also höchstens sagen, es sei noch von denen fortgeschleppt worden, welche es im Justinianeischen Rechte für unaufgehoben hielten [2]), und jedenfalls muß es daher, wenn sich diese Ansicht als unbegründet erweist, aus dem praktischen Rechte gestrichen werden.

1) So z. B. wird auch in den meisten Rechtsbüchern das beschränkte Recht der Geschwister auf die inoff. querela ausgelassen, ohne daß man daraus auf dessen Unanwendbarkeit schließen dürfte.

2) Ueberhaupt hat im Notherbenrecht die Deutsche Rechtsentwicklung sich sehr schlaff und unlebendig gezeigt, während man doch mit gewissen aus dem Römischen Recht bei uns eingebürgerten Principien gar nicht schwer zu einer viel einfacheren Gestaltung hätte fortschreiten können. Hier bleibt daher der Gegenwart die Pflicht, das auszuführen, was die Vergangenheit versäumt hat.

Digitized by Google

Die Erweiterungen, welche der Prätor in der testamentarischen Erbfolge durch die **sec. tab. b. p.** veranlaßt hatte, ist unzweifelhaft als Theil der gesammten Testamentslehre gemeinrechtlich recipirt. Es ist erklärlich, daß in den Rechtsbüchern nur selten Gelegenheit war, von diesen einzelnen singulären Fällen zu sprechen, aber wir sehen daraus gerade, daß man überhaupt alle hierher gehörigen Fälle als gültig annahm (s. d. vor. §. Nro. 3. 16. 18.).

Die **b. p. unde vir et uxor** ist die einzige selbständige Erbklasse, welche aus dem Prätorischen Rechte in das heutige sich herübergezogen hat, und so konnte es denn auch nur hier recht klar hervortreten, wie das Deutsche Rechtsbewußtsein die **b. p.** behandele. Ich glaube, es wird aus den angeführten Stadt- und Landrechten zur Genüge das bestätigt sein, was ich oben (§. 184. Nro. 1. c.) als Resultat der Doctrin bereits angab. In manchen Rechtsbüchern wird sie allerdings nicht erwähnt, in anderen dagegen geradezu *ausgeschlossen*, aber selbst von diesen letzteren dienen uns, wie ich schon bemerkte, mehre zum sicheren Beweise, daß man diese Klasse als gemeinrechtliche durchaus anerkannte. Was nun aber hier von ganz besonderer Wichtigkeit erscheint, ist, daß nirgends, wenn von ihr als einer anwendbaren oder unzulässigen gesprochen wird, sich der Ausdruck **b. p. unde vir et uxor** findet, wonach man allenfalls noch meinen könnte, es seien damit auch die Prätorischen Antretungsregeln zugelassen. Vielmehr wird in der Art, wie der Ehegatte das Vermögen erbt, auch im Ausdruck gar kein Unterschied von den Klassen der Novelle 118. gemacht. Beides, das Recht der Verwandten und das der Ehegatten sind offenbar als ganz gleichartiges gemeines Recht angenommen.

Die **missio ventris nomine** und **Carboniana** sind nur Nebeninstitute der **b. p.**, es war in den Rechtsbüchern keine Gelegenheit sie zu erwähnen. Aber wie unzweifelhaft ihre gemeinrechtliche Geltung ist, zeigt der **Cod. Max. Bavar.**, der gerade sie allein noch anerkennt, während er *im Uebrigen* Manches, was entschiedene gemeinrechtliche Gültigkeit hat, ausschließt.

2. Die Delation und Acquisition der Erbschaft ist, wie der vorige §. genügend gezeigt haben wird, bei allen Klassen

as Römische Civilrecht (**ber. aditio, spatium deliberandi, nd beneficium inventarii**). Es finden sich hiebei in Bezieung auf die Zeitfristen, sowie die Folgen ihrer Versäumung ancherlei particuläre Verschiedenheiten, aber die Grundberiffe, auf die es hier allein ankommt, sind allen Rechtsbüern gemein, und unverändert die des Römischen Rechts. ch glaube, wer diese Rechtsbücher auch nur mit geringer ufmerksamkeit durchliest, wird nothwendig die Ueberzeugung ewinnen, daß hier von folgenden zwei an und für sich denkaren Zweifeln gar nicht die Rede sein kann.

Der eine ist, daß man meinte, es seien die Römischen ivilrechtlichen Erwerbsregeln mit allen sich daran knüpfenden olgerungen überhaupt nur particularrechtlich in einzelen Ländern recipirt. Wer aber bedenkt, daß in den meisten echtsbüchern es ausdrücklich hervorgehoben wird, man zeichne ier nur das gemeine Recht auf, daß, auch wo dies nicht gehieht, die Absicht unverkennbar ist, mit Anerkennung des römischen Rechts nur einzelne particuläre Eigenthümlichkeiten ür die Deliberationsfrist, die Form der Inventare anzuordnen, — der wird zugestehen, daß eine solche Ansicht aller Begrünung entbehrt. Es ist also vielmehr umgekehrt, das Römische ivilrecht ist bei uns die gemeinrechtliche Grundlage, und das hm Entgegenstehende, sei es Ueberbleibsel alt-deutscher Rechtsdeen, oder Fortbildung und Veränderung des Römischen Rechts, rscheint hier als Particularrecht. Gemeinrechtliche Gewohneiten, wodurch in diesem Kreise das Römische Recht umgealtet worden wäre, haben sich nicht gebildet.

Der andere Zweifel, welcher erhoben werden könnte, ist, aß wenn in den Rechtsbüchern lediglich von der civilrechtlichen rbantretung die Rede sei, daraus noch nicht folge, man habe ie Prätorischen Regeln absolut ausschließen wollen. Es gelte ier also dasselbe, was sich nach dem vorher Bemerkten vom ormellen N. E. R. sagen läßt. Man habe die Sätze des **successorium edictum** und der Prätorischen Agnition übergan;en, weil sie in verhältnißmäßig wenigen Fällen zur Anwenung kämen, aber aus solcher Nichterwähnung folge keinesegs, daß sie nicht doch in diesen seltenen Fällen gemeinrechtich zur Anwendung kämen. — Ich glaube, eine solche Auf-

fassung wird einfach schon durch den Ton unmöglich gemacht, in welchem die Lehre von der **her. aditio** in den Rechtsbüchern dargestellt wird. Es ist so entschieden von allen Erben die Rede, es wird so allgemein die Erbantretung als eine auf die ganze Erbrecht sich beziehende gemeinrechtliche Lehre vorgetragen [3]), daß es ein Aufgeben aller gesunden Interpretation sein würde, wenn man hier die Worte noch wieder restringiren wollte, wo es doch einem jeden Verständigen so nahe liegen mußte, daß die abweichenden Prätorischen Regeln ohne allen Schaden über Bord geworfen werden konnten. — Es kommen aber noch besondere Gründe hinzu. Wenn das Deutsche Rechtsleben die Agnition der **b. p.** festgehalten hätte, so müßte einestheils ein bestimmter Vortheil vorhanden sein, dessen Erlangung dem Erben nur durch sie möglich wäre. Dies ist aber nicht der Fall, weil das Interdict, wie wir im folgenden Kapitel sehen werden, auch ohne Agnition jedem Erben zugestanden ist. Anderntheils aber müßte in den wenigen Fällen, wo die Erbbefugniß lediglich auf Prätorischem Rechte ruht (also namentlich bei der **b. p. unde vir et uxor.**), die Agnition als nothwendige Bedingung des Erbrechts beibehalten sein, aber gerade umgekehrt findet sich, wie ich vorher (Nro. I.) schon bemerkte, auch im Ausdrucke eine völlige Verschmelzung des Erbrechts der Ehegatten und der Verwandten. Und wenn man nun bei den Ehegatten die Nothwendigkeit der Agnition nirgends festgehalten hat, so kann natürlich bei den singulären Fällen der **sec. tab. b. p.** noch viel weniger davon die Rede sein (s. §. 187. Note 15.). Was aber endlich die **missio ventris nomine, Carboniana,** und **furiosi nomine** betrifft, so sind diese von jeher als ganz gleichartig, und zwar insgesammt als Missionen behandelt worden, so daß auch hier die Anwendung der Prätorischen Fristen und Agnitionsform, die das Justinianeische Recht theilweise bei ihnen noch kennt, den Boden verloren hat.

3) Die oben erwähnte scheinbare Beschränkung der her. ad. auf die testamentarische Succession (§. 186) kommt hier natürlich nicht in Betracht, denn sonst würde daraus folgen, daß alle Intestaterben die **b. p.** erbitten müßten.

Digitized by Google

Wir stehen am Schluß, und so wollen wir denn die Untersuchungen dieses Kapitels noch einmal kurz überblicken. Die Deutschen Rechtsbücher seit dem sechzehnten Jahrhundert weisen uns das entschiedene Bestehen des klaren Rechtsbewußtseins, daß die eigenthümlichen Prätorischen Delations- und Antretungsregeln unanwendbar seien, und daß sämmtliche Erbklassen (die civilen wie auch die wenigen Prätorischen) unter den Regeln der **her. aditio** und allen damit zusammenhängenden Instituten vereinigt seien (§. 186—188.). Dieser Schritt lag, obgleich man darin vom Justinianeischen Rechte abzuweichen glaubte, nahe genug, wir haben gesehen, daß man auch schon in Italienischen Statuten dasselbe gethan hatte (§. 177. 178.). Die Literatur unserer Lehre dagegen hat sich anfangs um die practische Geltung derselben gar nicht bekümmert, sie beschäftigte sich zur Zeit der Glossatoren lediglich mit ihrer theoretischen Erklärung (§. 176.), entstellte sie dadurch in den folgenden Jahrhunderten bis zur Unkenntlichkeit (§. 179—181.), befreite sich dann seit dem sechzehnten Jahrhundert wieder etwas mehr von den eingerissenen Irrthümern (§. 182. 183.), und wandte sich nun auch seitdem der Frage über das geltende Recht zu. Eine große Zahl von Juristen hat dabei mit mehr oder minder klarem Blick den wirklichen Rechtszustand Deutschlands zu durchschauen vermogt, eine ziemlich gleiche Anzahl dagegen hat immer noch mit sehr schwachen Gründen, namentlich aus einer unrichtigen allgemeinen Ansicht von der Geltung des **Corpus juris**, der **b. p.** ein Scheinleben zu retten versucht, das bei genauerer Untersuchung in Nichts zusammensinken muß (§. 184. 185.) [4].

4) So kommt es denn auch, daß in den neueren Gesetzbüchern die b. p. als ein selbständiges System ganz verschwunden ist. Aber einzelne Ideen derselben hat man benutzt. Im Preußischen Landrecht sind bei der Erbantretung die Begriffe des spatium deliberandi (was aber ipso jure abläuft) und des benefic. inventarii (mit der Haftung für alle Schulden bei unbedingter Antretung, und bis zum Bestand der Masse im Fall des Inventars) zum Grunde gelegt worden, aber die Antretung und Ausschlagung muß vor dem competenten Richter geschehen (A. L. R. I. 9. 8.). Das Oestreichsche Gesetzbuch (II. 15) fordert nicht bloß gerichtliche Antretung, sondern erkennt auch nur gerichtliche Besitzergreifung an. Während

Digitized by Google

IV. Endresultat.

§. 189. Das vorliegende Werk über die b. p. ist der Lebensbeschreibung eines Verstorbenen ähnlich. Der einzelne Mensch, klein geboren, kann in seinem Leben zu ausgedehnter Wirksamkeit berufen werden, und am Ende, wenn seine Kräfte schwinden, macht er Anderen Platz. Wir lieben es dann mit Recht, uns den ganzen Lauf seines Lebens zu vergegenwärtigen. Jeder bedeutende Mensch, gleichviel in welchem Kreise er thätig war, hat für Andere, auch wenn sie sich in ganz anderen Gebieten bewegen, stets eine anregende lehrreiche Kraft. Wir werden, wenn wir sehen, wie Jener auf seinem Platze wirkte, daraus immer auch für uns des Beherzigenswerthen mehr oder weniger entnehmen können. Aber dies kommt nicht allein in Betracht. Ein einzelner Mensch kann in seinem Leben eine Errungenschaft erlangt haben, die er, *gleichviel* in welchem Fache des Wissens, der Nachwelt als *dauerndes* werthvolles Gesammtgut hinterläßt, auf der dann Andere weiter bauen, und die also unmittelbar oder als mittelbare Grundlage fernerer Entwicklungen auch in späteren Zeiten noch fortleben. In solchen Fällen ist es unsere Pflicht, das was in der Gegenwart existirt, auf seine Quelle zurückzuführen, schon aus dem Grunde, weil wir nur auf diese Weise das wirklich Bestehende recht begreifen können.

Was hier von einem einzelnen Menschen und dessen Leistungen gesagt ist, gilt ebenso auch von Rechtsinstituten, die als das Product menschlicher Thätigkeit, oft aus kleinem Ursprunge emporwachsen, unter günstigen Umständen eine be-

---

also das Römische Recht die private Besitzergreifung als Regel gelten läßt, und sich deßhalb hier die richterliche Hülfe zur Erlangung des Besitzes zu besonderen begünstigenden Rechtsmitteln gestaltet, ist in Oestreich das Recht des gerichtlichen Einsatzes auch zugleich zur Pflicht gemacht. Im Uebrigen unterscheidet man hier auch die unbedingte Antretung und die unter Vorbehalt der Inventarswohlthat. Der Code civil und das Badische Landrecht (welche auch das Recht der Ehegatten auf die Erbschaft in Ermangelung der Verwandten aufgenommen haben) erkennen ganz wie das gemeine Recht die private Erbantretung mit oder ohne Vorbehalt der Vorsicht des Erbverzeichnisses an. (Art. 774. ff.).

Digitized by Google

deutende Wirksamkeit entfalten, dann aber, wenn die Bedingungen ihrer Lebensfähigkeit verschwinden, allmählig erstarren und untergehen, um mit dem Umschwunge der Verhältnisse anderen Instituten Platz zu machen. Auch wenn sie vollkommen aus dem Rechtsleben gestrichen sind, ist es lehrreich ihren Entwicklungsgang zu verfolgen, und es kann uns häufig die Untersuchung solcher ganz antiquirter Institute zur richtigen Anschauung ganz anderer Verhältnisse unserer Gegenwart verhelfen [1]). Aber sie können noch eine andere höhere Bedeutung für uns haben. Wenn sich einzelne Bruchstücke von ihnen unmittelbar noch bis in unsere Gegenwart hineinziehen, so sind sie ja dann eben noch nicht ganz untergegangen. Aber auch wenn die letzten unmittelbaren Ueberreste sich verloren haben, so können doch durch ein Institut sich gewisse Rechtsbegriffe und Einrichtungen festgestellt haben, die für das practische Rechtsleben sich als ein dauernder werthvoller Gewinn darstellen. Die Menschen finden häufig für gewisse feststehende practische Bedürfnisse keineswegs sogleich die passende Rechtsgestaltung, sie arbeiten daran oft Jahrhunderte lang. Ist dann endlich durch vereinte Arbeit, oder durch die hervorragende Klugheit eines Einzelnen dem inneren Verhältniß die entsprechende äußere Rechtsform gegeben, so kann dies ebensosehr ein dauernder Gewinnst genannt werden, wie wenn durch irgend eine mechanische Erfindung einem Bedürfnisse der Menschheit abgeholfen wird. Es kommt dann häufig vor, daß der einmal gewonnene Rechtsbegriff mit Veränderung der Verhältnisse die Gestalt eines scheinbar ganz anderen Institutes annimmt, ohne doch innerlich ein anderer zu werden. Wir Juristen aber, wenn wir das Recht unserer Gegenwart innerlich durchschauen und wahrhaft begreifen wollen, dürfen uns nicht bloß an den Namen und die äußere Gestalt der Rechtsinstitute halten, wir müssen von der äußeren Schale zum inneren Kern durchdringen, wir müssen nach den practischen Bedürfnissen, welche die Menschheit in verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Or-

1) Deßhalb lag es mir ob, manche Theile der b. p. (wie z. B. die contra tab. b. p. u. a. m.), die nach meiner Ansicht völlig unpractisch sind, mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen, als wenn ich ein Institut der Gegenwart vor mir gehabt hätte.

Digitized by

ten hatte, prüfen, in welcher Weise die Rechtsinstitute ihrem Begriffe nach zueinander gehören, und wie sie nun auch historisch (sei es unter demselben Namen, sei es in äußerlich verschiedener Gestalt) sich an einander angereiht haben.

Es ist daher meine Pflicht, nachdem ich in diesem Werke die b. p. auf langer Reise von den Zeiten ihres kleinen Ursprunges an, durch Jahrhunderte einer sehr ausgedehnten Wirksamkeit, durch fernere Jahrhunderte ihres Erstarrens und Einschrumpfens hindurch, bis zu ihrem endlichen völligen Untergange verfolgt habe, — es ist, sage ich, meine Pflicht jetzt zu fragen, ob durch dieses Institut eine dauernde Errungenschaft gewonnen worden ist, die als ein heilsamer Ueberrest der wissenschaftlichen Arbeit vieler Jahrhunderte, wenn auch nur mittelbar und in äußerlich anderer Gestalt, in unserer Gegenwart noch fortlebt. Es ist dies gleichsam der Denkstein, wie man ihn Verstorbenen zu setzen pflegt. Ich habe in dem ganzen Verlaufe dieses Werkes mit überlegter *Absicht* [2]) nicht bloß von dem Institute reden wollen, welches den Namen **bonorum possessio** trägt; ich bin darauf ausgegangen, die practischen Bedürfnisse des Lebens, welche ihr zum Grunde liegen, klar zu machen und sie mit anderen Rechtsinstituten, welche nach diesen practischen Bedürfnissen begrifflich mit ihr verbunden sind, zusammenzustellen, um so wechselseitig der b. p. Licht zu geben und von ihr zu entnehmen. Danach bietet dieses Werk, ohne doch einen anderen Titel führen zu können, als den ich ihm gegeben habe, eine ziemlich vollständige innere Entwickelungsgeschichte des gesammten Erbrechts, soweit dieses eine Universalsuccession in sich faßt. Nach einer solchen Anlage aber ist es jetzt am Schluß ein Leichtes die Resultate des Ganzen [3]) zusammenzustellen.

---

2) s. Bd. I. Einl. S. XVII.

3) Ich halte es nicht für nöthig, hier am Schluß den ganzen Inhalt dieses Werkes kurz zu recapituliren, also z. B. zu wiederholen, was ich über die Interdicte, oder die Geschichte der Testamente gesagt habe. Wer das Ganze gelesen hat, bedarf dessen nicht, und wer es nicht gelesen hat, — bedarf dessen auch nicht. Wohl aber schien es mir passend, in kurzen Punkten hervorzuheben, was aus dem

Digitized by Google

1. Zu dem Satze, daß die **bon. poss.** heutzutage der **hereditas** gegenüber kein geſchloſſenes Syſtem mehr bilde, ſind wir durch zwei verſchiedene ganz ſelbſtändige Beweisführungen gelangt. Es iſt einestheils im vierten Buche dargethan worden, daß bereits in der Juſtinianeiſchen Compilation die Verſchmelzung beider Begriffe vorliegt. Dies Reſultat habe ich dann in den bisherigen Unterſuchungen des fünften Buches einſtweilen außer Acht gelaſſen (§. 177. Note [4a]), weil man in den Zeiten der Reception des Römiſchen Rechtes allgemein von der Vorausſetzung ausging, die **b. p.** ſtehe im **Corpus juris** der **hereditas** noch geſchloſſen gegenüber. Es hat ſich nun aber gezeigt, daß trotz dieſer Annahme man dennoch in Deutſchland die Eigenthümlichkeiten des Prätoriſchen Erbrechts abgeſtreift hat. Das Deutſche Gewohnheitsrecht ſteht hier alſo auf ganz ſelbſtändiger Grundlage, und wenn wir gleich im Allgemeinen ſagen können, daß es mit dem Inhalt des Juſtinianeiſchen Rechtes auf daſſelbe hinauslaufe, ſo kann es uns doch nicht auffallen, wenn wir Beide nicht vollkommen in allen Punkten zuſammentreffen ſehen. Dies habe ich hier in kurzen Worten noch zuſammenzuſtellen.

Im vierten Buche habe ich ausgeführt, daß Juſtinian die Agnitionsformen und Friſten nicht aufhob, wohl aber allen Klaſſen auch die **her. aditio** und **pro herede gestio** als genügende Form des Erbſchaftserwerbes geſtattete. Dies gilt auch für die Fälle der **decretalis b. p.**, welche nicht ihrer ſpeciellen Natur nach eine richterliche Einwirkung vorausſetzen (§. 171. Nr. 1.). Dagegen hat Juſtinian die Regeln des **successorium edictum** und der Agnition als Nothwendigkeit beſtehen laſſen, wenn der civile oder Prätoriſche Erbe das Recht auf proviſoriſche Beſitzeseinweiſung erlangen wollte; und ebenſo haben wir die Nothwendigkeit der Agnition in beſtimmter Friſt auch bei den auf beſonderen Gründen ruhenden interimiſtiſchen Beſitzeinweiſungen, ſoweit ſie nicht reine Miſſionen ſind (**Carboniana**, und **furiosi nomine**), anzunehmen (§. 170.).

---

großen Inſtitute der Vergangenheit in unſer heutiges Recht ſich hineingezogen hat, um damit gleichſam die Rechnung abzuſchließen.

Digitized by Google

Das Deutsche Gewohnheitsrecht dagegen ist noch weiter gegangen, es hat, wie im folgenden Kapitel genauer auszuführen ist, auch für das **Int. quor. bon.** die Agnitionsregeln weggeworfen; und so wäre es denn sehr verkehrt gewesen, bei den singulären Fällen der **b. p. furiosi nomine** und **Carboniana** sie noch festzuhalten. Mit Recht hat man deßhalb diese von jeher mit der **missio ventris nomine** in Beziehung auf die Erlangungsform als ganz gleichartig behandelt.

Alle Institute mithin, welche, aus dem Prätorischen Rechte sich herschreibend, noch heutzutage definitive oder interimistische Ansprüche auf die Erbschaft gewähren, haben ihre äußere Gestalt verändert. Die Fälle der **sec. tab.** und die **b. p. unde vir et uxor** sind civilrechtliche Delationsgründe geworden, eine Mitwirkung des Richters ist hier gar nicht mehr nöthig; bei den interimistischen Einweisungen des **furiosus** und des **impubes** kommt diese allerdings noch vor, aber sie unterscheidet sich nicht von einer gewöhnlichen Immission; und endlich die Besitzeserlangung durch das **Int. quor. bon.** ist mit einem anderen Institute zur Lehre des Einsatzes zusammengeschmolzen worden. Unmittelbare und ganz unveränderte Ueberreste der **b. p.** aus dem Römischen Rechte, giebt es also überhaupt heutzutage nicht mehr.

2. Von der anderen Seite aber darf man nun auch nicht dabei stehen bleiben, die ebengenannten Institute, als die alleinigen in unser heutiges Recht verflochtenen, aus der **b. p.** abzuleiten. Vielmehr finden alle die folgenden anzuführenden Punkte in ihr mehr oder minder ihren Ursprung und ihre Erklärung. Unter ihnen verdient zuerst das wichtige Princip hervorgehoben zu werden, daß unter den Erbklassen allgemein eine **ordinum successio** statt findet, was denn auch innerhalb einer Klasse auf mehre hintereinanderstehende Personen als **graduum successio** übertragen werden kann. Wie wichtig dieses Princip für eine practisch brauchbare Handhabung des Erbrechts, und zugleich wie natürlich es sei, brauche ich hier nicht weiter auszuführen. Es ist in Deutschland als etwas sich eigentlich von selbst Verstehendes von den Römern recipirt worden, und doch haben wir gesehen, wie schwer es den Römern geworden ist, sich dazu zu erheben (Bd. I. S.

Digitized by Google

112.). Man mußte sich erst durch verkehrte Institute, wie es die **pro her. usucapio** doch entschieden war, durcharbeiten, und dem Prätorischen Rechte gebührt das Verdienst, durch einfache Rechtssätze dem practischen Bedürfnisse abgeholfen zu haben. Theilweise, aber doch nur unvollständig, wirkte dies schon vor Justinian auf das Civilrecht zurück, und man kann auch sagen, daß selbst im Prätorischen Recht das Princip noch nicht rein zur Gestaltung gekommen war. Es war noch immer combinirt mit der Lehre von den Deliberationsfristen, welche doch gar nicht wesentlich mit ihm zusammenhängt, und am Besten ganz von ihm getrennt wird. So mußte es endlich dahin kommen, daß es sich ganz rein gestaltete, d. h. daß man allgemein den Satz aussprach: wenn der zunächst Berufene wegfällt (mag dies durch Ablauf einer Frist, oder durch Tod oder Ausschlagung geschehen), so wird eine neue Delation an den Folgenden eröffnet, und es ist kein juristischer Widerspruch, wenn auf diese Weise der Anfang einer Delation erst längere Zeit nach dem **mortis tempus** eintritt. Durch die später folgende Antretung wird dann doch Alles nicht bloß auf die Delation, sondern stets auf das **mortis tempus** zurückbezogen [4]). — Im vierten Buche habe ich nachgewiesen, daß Justinian dieses von den Prätorischen Deliberationsfristen entkleidete Princip der Aufeinanderfolge der Berufungen bereits im ganzen **Corpus juris**, und nicht erst in den Novellen ausspricht (§. 161. 165.). Es ist auch dies wieder ein Beispiel, daß das Recht in seiner Fortbildung durch die Verwickelungen des Verkehrs in seinem Umfange allerdings weitläuftiger, aber in seinem Inhalte immer einfacher wird und werden muß, indem die Rechtsprincipien, das Fremdartige allmählig abstreifend, zuletzt ganz rein aus einem oft Jahrhunderte dauernden Läuterungsproceß hervorgehen.

3. Historisch hängt mit dem vorigen Punkte ein anderer genau zusammen, während in Beziehung auf den inneren Begriff dies gar nicht in gleicher Weise der Fall ist. Es bedarf nämlich in einem gutgeordneten positiven Rechte der Vorkeh-

---

4) fr. 51. de acq. her. — Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur.

Digitized by

rungen, daß dem berufenen Erben gegenüber das Interesse aller der anderen Personen gesichert werde, welche bei dem Erbfalle noch außerdem in Betracht kommen, und daß namentlich diese Personen (insbesondere Gläubiger und Vermächtnißnehmer) durch die Hinzögerung der Erbantretung nicht zu lange hingehalten werden (§. 111. am Ende). Auch in diesem Punkte hat das Römische Recht viele Stufen durchlaufen, und bei die **b. p.** eine besonders wichtige Stelle gespielt hat. Sie knüpfte zuerst die Deliberationsfristen mit der successorischen Berufung zusammen. Abgesehen von der durch den Willen des Erblassers angeordneten Cretionsfrist, wurde der Erbe nur durch den eigenmächtigen Besitzergreifer (in Folge der **pro her. usucapio**) zur Antretung gedrängt. Wir haben gesehen, wie der Prätor im **successorium edictum** das Bedürfniß der Deliberationsfristen vernünftiger regulirte, wie er dann dieselben Grundsätze aus der **b. p.** im ***jus deliberandi*** auf das Civilrecht wieder zurückwandte (§. *114.*). In der Aufstellung dieses **jus deliberandi** lag aber nicht bloß die Verbesserung, daß nun auch das Civilrecht mit dem Prätorischen gleichmäßig behandelt wurde; sie enthielt zugleich einen inneren Fortschritt. Ich habe gezeigt, daß die Folge der versäumten Deliberationszeit die **bonorum venditio** war; darin tritt zuerst zu Tage, daß die Anstalten, welche man zur Beschleunigung der Erbantretung trifft, gar nicht nothwendig mit der **ordinum successio** zusammenhängen. Wichtiger aber noch ist ein anderer Punkt. Die Deliberationsfristen waren bisher wenn auch **utile tempus**, doch immer ein von selbst laufender Zeitraum gewesen. Dadurch kann dem Erben ein unbilliger Schaden zugefügt werden. Dem Wesen des Verhältnisses dagegen entspricht es weit mehr, wenn man die Frist, die ja nur aus dem Interesse anderer Personen dem Erben gesetzt wird, nun auch erst von dem Andrängen derselben abhängig macht [5]). Dieser Satz tritt erst in dem jus

5) Aus dem Interesse dieser Personen erklärt sich denn auch, was die Folge der vergeblich abgelaufenen Deliberationsfrist ist. Es sind entweder solche, die die Antretung wünschen, oder die umgekehrt ungern unterlassen sehen (s. §. 111.). Die Ersteren (Creditoren und Legatare) veranlaßten früher die **bonor. vendit.**, nach Justinian

Digitized by Google

deliberandi hervor, und nachdem nun noch neben dieses Institut von Justinian das Recht des Inventars gesetzt ist, so haben wir in der Verbindung dieser beiden einen Rechtszustand, von dem sich auch ohne Vorliebe für das Römische Recht sagen läßt, daß er von practischem Gesichtspunkte aus passend sei. Die leichte Art, wie sich diese beiden Institute in das Deutsche Rechtsleben eingebürgert haben, zeigt dies zur Genüge.

4. Von großer Bedeutung ist die b. p. noch dadurch geworden, daß sie die Entwickelung des Cognationsprincipes im Erbrecht hervorgerufen hat. Die Befugniß zu erben, ist immer einer der besonders hervortretenden Punkte, wodurch ein Verwandtschaftsbegriff Wichtigkeit erhält. Ich habe gezeigt, wie die Cognation vom Prätor zuerst noch ganz unorganisirt ins Erbrecht hineingezogen wurde, denn eine Be-

---

soll ihnen gegenüber der Berufene als antretend angenommen werden. l. 22. §. 14. C. de jure delib. Den Letzteren gegenüber gilt er dagegen als ausschlagend. Heutzutage wird dies gewöhnlich nur als ein besonderes Privilegium des Substituten gegenüber dem Institutus dargestellt (Puchta Pand. §. 498), wegen fr. 69 de acq. her. Dagegen aber spricht das ganze Wesen des jus deliber. Die bon. vend. trat erst ein, wenn es sicher war, daß Niemand heres sein würde (Bd. II. Abth. 1. S. 321.). Deßhalb muß also auch bei allen Klassen, nach Ablauf des spat. del. für die Näheren, dem Folgenden ein solches gegeben worden sein. s. auch fr. 70. de acq. her. und fr. 6. §. 1. ad Sc. Tertull. Für unser heutiges Recht gestaltet sich also, nachdem Justinian an die Stelle der bon. vend. die fingirte Antretung gesetzt hat, die Sache folgendermaßen: Wenn der Berufene lediglich von dem hinter ihm Stehenden zur Antretung gedrängt wird (sei dies ein Substitutus oder der nächste Intestaterbe hinter dem Institutus, sei es eine folgende Intestatklasse hinter der vorhergehenden), so gilt der Vorhergehende nach Ablauf der Deliberationsfrist als ausschlagend. Wenn aber lediglich Creditoren den Berufenen drängen, so wird seine Antretung fingirt. Falls dagegen Beide ihn drängen, oder überhaupt erst nach Veranlassung der Fristbestimmung durch die Creditoren der Nächstfolgende auftritt, und dieser sich erbietet die Erbschaft antreten zu wollen, so müssen auch noch heutzutage die Creditoren damit zufrieden sein. Die Vermächtnisse, welche etwa der Vorhergehende im Fall der Antretung hätte zahlen müssen, können dann dem Nachfolgenden, wenn sie nicht auch ihm aufgelegt sind, nicht zur Last fallen.

Digitized by Google

rufung bloß nach Gradesnähe kann nur sehr unvollkommen genannt werden. Es erklärt sich dies daraus, daß die Cognatenklasse gar nicht aus der Absicht, ein neues Erbrechtsprinzip einzuführen, hervorgegangen war. Aber diese Klasse wurde nun zur Basis für eine fester organisirte Stellung der Cognaten im Erbrecht. Weniger ist ein Schritt in dieser Richtung darin zu finden, daß die Emancipirten den sui gleichgestellt wurden, denn dies reducirt sich doch nur auf die Fiction der Suität, und gehört also mehr zur Ausbildung des Agnatenrechts, in welche das Prätorische Recht, wie wir gesehen haben, ebenfalls bedeutend eingegriffen hat. Vielmehr ist von weit größerer Bedeutung die Hervorhebung der parentes et liberi vor den Seitenverwandten, worin sich der Keim der ganzen Fortbildung des Intestaterbrechtes zeigt. Diese Fortbildung hat dann freilich das Prätorische Recht nicht übernommen. Es kam die Zeit, daß es, so wie überhaupt die Rechtswissenschaft, erstarrte, und indem nun allein die Kaiser sie weiterzuführen hatten, so liegt darin der Schlüssel, daß man hier so langsam und mangelhaft fortgeschritten ist.

5. Auch in die Lehre von der Erbantretung hat die b. p. wesentlich eingegriffen. Ich habe dies im dritten Kapitel des dritten Buchs entwickelt. Neben die cretio, die ursprünglich die alleinige Form gewesen war, trat schon sehr früh die Agnition der b. p. in dem Sinne, daß, wenn der heres dadurch sich die Prätorische Hülfe zur Besitzergreifung erbeten hatte, dies als genügende Antretung anzusehen sei (Bd. I. S. 96 ff.). Wahrscheinlich hat sich erst hieraus der Satz entwickelt, daß nun nicht bloß die unter Prätorischer Autorität constituirte possessio hereditatis, sondern auch überhaupt jede eigenmächtige Besitzergreifung und factische Einmischung (pro herede gestio) hinreichen sollte. Und so gelangte man denn auf diesem Wege schrittweise immer weiter, man erkannte nach Labeo auch die formlose Willenserklärung als hinreichend an, und die cretio verlor mehr und mehr von ihrem Gebiete. Ueberhaupt wird meine obige Darstellung wohl gezeigt haben, daß die historische Fortbildung und die heutige Gestaltung des Antretungsrechtes, namentlich auch in Beziehung auf den Erbschaftserwerb durch Stellvertretung (S.

Digitized by Google

165 ff.), nur durch Zusammenhaltung des Civilrechts mit dem Prätorischen verstanden werden kann.

6. Endlich muß ich hier noch besonders die große Bedeutung hervorheben, welche das Prätorische Recht für die Gestaltung der Klagen des Erbrechts gehabt hat. Es schien mir unumgänglich nöthig, diesen Punkt in die Untersuchungen dieses Werks zu verweben. Die **hereditatis petitio** hat ihre eigenthümliche Gestalt durch die **pro herede usucapio** erhalten, indem der Beklagte früher eben jeder **pro her.** Usucapient, und auch von der anderen Seite nur dieser war. Die **b. p.** aber sollte von Anfang an dazu dienen, der **pro her. usucapio** entgegenzuwirken. Durch diesen inneren Zusammenhang mußte ich darauf geführt werden, die innere Bedeutung der **her. pet.** im weiteren Laufe der Zeiten und unter den Veränderungen, die sie durch Umgestaltung der **pro her. usucapio** erlitt, stets mit dem Wesen der Prätorischen Rechtsmittel zusammenzustellen. Was wir hieraus auch für das heutige Recht der **her. pet.** lernen, habe ich im §. 147. Nr. 2. angegeben.

7. An die petitorische Geltendmachung des Erbrechts reiht sich zuletzt als ein auch im heutigen Rechte noch besonders hervortretender Punkt das possessorische, interimistische Element. Es hat in der **b. p.** sich erzeugt, und war von Anfang an eine Haupttriebfeder für die Gestaltung des ganzen Instituts. Es liegt darin stets zweierlei, daß nämlich dadurch einestheils dem wahren **heres** ein Mittel gewährt werden soll, rasch in den Besitz der Güter zu gelangen, und daß anderntheils, wenn der wahre Erbe noch zögert aufzutreten, einstweilen bereits ein Anderer von der Obrigkeit zum Besitzer constituirt werden kann, der dann im Erbschaftsproceß die Beklagtenrolle übernimmt, bis zum Besiegtwerden die Güter unter seinem Schutze zusammenhält, und bereits mehr oder minder die Gläubiger befriedigen kann. — In früherer Zeit erlangte der Prätor diese Zwecke durch die **b. p. sine re,** welche als interimistische Universalsuccession bis zum Auftreten des **heres** ein sehr umfassendes Verwaltungsrecht der Erbschaft gewährte. In der späteren Kaiserzeit dagegen verlor sich dies, und es trat das **Interd. quor bon.,** im Verein

Digitized by Google

mit der **missio Hadriana**, an die Stelle (§. 147. Nr. I. Juſtinian recipirte dann beide Inſtitute mit wenigen Veränderungen in der Geſtalt, wie ſie in der vorhergehenden Kaiſerzeit ſich entwickelt hatte (§. 156.), und ſo iſt denn dieſes prätoriſche Element, während es im Orient ſehr bald einſchlief, im Occident aus dem **Corpus juris** durch entſchiedenes Gewohnheitsrecht angenommen, und auch noch in einem wichtigen Punkte umgeſtaltet worden. Dies genauer zu begründen iſt das Letzte, was uns nach der Aufgabe des vorliegenden Werkes noch übrig bleibt. Das folgende Kapitel wird davon handeln.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Die Lehre vom Einsatz.

§. 190. Mit dem technischen Worte: Einsatz, oder gerichtlicher Einsatz wird schon seit Jahrhunderten [1]) das in Deutschland entschieden anerkannte Recht des Richters bezeichnet, bestimmte Personen in Folge einer summarischen Untersuchung in den Besitz der Erbschaft einzuweisen, so daß die definitive Feststellung des Erbrechts dem Proceß der **hereditatis petitio** überlassen bleibt [2]). Es ist unzweifelhaft, daß

1) Bereits Giphanius führt diesen Ausdruck an (s. §. 184. Note 3.); s. auch die Nürnberger Reformation und die Baseler Gerichtsordnung §. 187. Nr. 9. u. 19.

2) Es steht unserem Richter zu, der Erbschaft einen curator zu setzen, oder sie zu sequestriren, und so wäre es unnatürlich, wenn er nicht auch befugt wäre, die Besitzergreifung der Erbschaft, die freilich im Allgemeinen dem Einzelnen als eine Privathandlung überlassen ist (s. §. 188. Note 4.), unter seine Cognition zu stellen, d. h. bestimmte Personen durch seine Autorität in den Besitz einzuweisen, und unter mehren Streitenden einstweilen lediglich **de possessione** zu entscheiden. Aus der sehr leicht erklärlichen Rechtsüberzeugung, daß der Erbe für die Erlangung der Erbschaft, auch ohne gleich strengen Beweis zu erbringen, die richterliche Hülfe müsse in Anspruch nehmen können, ist es hervorgegangen, daß in Deutschland die beiden sich auf diesen Punkt beziehenden Römischen Institute so leicht Eingang fanden. Jene Rechtsüberzeugung selbst ist gar nicht erst

Digitized by Google

dies Recht des Einsatzes durchaus auf Römischer Grundlage ruht. Es werden damit die **missio Hadriana** und das **Int. quor. bon.** in einem einzigen Worte, und als ein einziges Institut zusammengefaßt.

aus dem Röm. R. entlehnt, nur in Beziehung auf die weiteren Regeln, zu denen sie sich gestalten muß, hat man die fertig vorliegenden Institute des Römischen R. angenommen. — Es ist von Interesse zu vergleichen, wie verschiedene Schriftsteller, die alle wenigstens ihrer Zeit große Autorität gehabt haben, diesen Gedanken mehr oder minder klar, und jeder auf seine Weise aussprechen. **Oldendorp** (Class. V. act. 6.) sagt: Denique reipublicae in civitatibus maxime interest scire, quis cuique in hereditatibus, praesertim rerum immobilium, succedat. Quare igitur non introducunt civitates, ut nemo ad hereditatem admittatur, nisi aliqua judiciali forma magistratui suum jus insinuet! Et hoc videmus frequentissimum esse, ut propemodum mihi ineptire videantur qui tam anxie de necessitate bon. possessionis disputant. Si quidem habet locum in jure apertum, quod praetor quoque olim decrevit b. possessionem iis, qui jure *civili admittebantur*. **Friderus Mindanus** de Interd. III. 50. ff. IV. 10 ff. leitet das Interdict aus dem Naturrecht ab; — „non in imperio solum Germanico, sed et in Gallia, Italia, Hispania etc. ejusdem legis tam divinae quam humanae Praetor, possessionem tibi, utpote ex lege vel edicto ipso tibi assignatam, cum omni causa dari ac restitui imperat, quod sententiis dictarum nationum quotidie audimus declarari et pronuntiari in eos, qui pro possessoribus vel praedonibus alienas hereditates vel bon. possessiones injuste detinent.“ **Voet** (ad Pand. tit. quor. bon.) sagt, es sei kein Zweifel, daß das Remed. ex l. ult. C. etc. noch praktisch sei. Sed et generalius receptae immissiones in possessionem rerum hereditariarum (das ist eben das Int. quor. bon.) quando de hereditate controversia est, etiamsi ab intestato delata sit, immisso interim eo, qui potiora jura videtur habere, ac repulso interim altero, qui se heredem esse contendit, arg. l. ult. in med. C. de ed. d. Hadr. toll. Quales in domum mortuariam immissiones nonnullorum moribus intra annum et diem petendae, sic ut eo tempore praeterlapso ad ordinarium judicium petitionis hereditatis confugiendum sit, licet aliis, et inter hos Ultrajectinis, illa ad annum et diem restrictio probata non sit. Wenn also **Roßhirt** sagt (s. §. 185. Note 5.), auch bei uns ständen die Erbschaftsangelegenheiten aus dem Standpunkte des öffentlichen Interesses unter der Beiwirkung des Gerichts, so ist das ganz richtig, nur muß man damit nicht die practische Geltung der bon. possessio beweisen wollen.

Digitized by Google

Gerade diese Zusammenfassung der beiden Römischen Rechtsmittel zu einem Ganzen ist der Beachtung werth. Man hat von jeher in Deutschland sowohl die **missio** als das Interdict **remedia adipiscendae possessionis**, oder umgekehrt **missiones in possessionem** genannt. Es ist dies ein Kennzeichen der gewohnheitsrechtlichen Anschauung, daß man das Ansuchen des **scriptus heres** und das eines Intestaterben auf Einweisung in den Besitz mit gesundem Tacte stets als völlig gleichartige Rechtsmittel behandelte. Aber nicht bloß vom practischen Standpunkte aus erscheint dies als gerechtfertigt, unsere obigen Untersuchungen ergeben vielmehr, daß die Behandlung Beider als ein einziges Institut auch vom historischen Gesichtspunkte aus vollkommen richtig ist. Mir fällt natürlich nicht ein, zu behaupten, daß im klassischen Juristenrecht und auch nicht einmal im Justinianeischen Recht sämmtliche Missionen mit sämmtlichen Interdicten **adipiscendae possessionis** gleichartig seien. Wohl aber habe ich nachgewiesen, daß in der späteren Kaiserzeit und so auch in der Justinianeischen Compilation diese eine **missio** und dies eine Interdict zu Rechtsmitteln ganz gleichen Characters geworden, und nur durch die verschiedenen Erbklassen, auf welche sie sich beziehen, getrennt sind.

Hiernach ist es also aus doppeltem Grunde passend, daß wir jenen hergebrachten Ausdruck „Einsatz“ in seinem alten Besitzstande lassen. Aber wir müssen uns hüten, durch dieses Deutsche Wort auf einen Irrthum zu verfallen, der freilich leicht genug vermieden werden kann, und dessen man auch bisher bei Gebrauch des Wortes sich nicht schuldig gemacht hat. Man könnte nämlich aus dem Deutschen Ausdrucke ableiten wollen, es liege hier auch ein ganz Deutsches Institut vor, bei dem daher von einer Anwendung der im **Corpus juris** enthaltenen weiteren Bestimmungen über die **missio** und das Interdict nicht die Rede sein könne. Wer aber etwas genauer die Quellen kennt, aus denen wir hier schöpfen, ja wer auch nur die Stelle des Giphanius (s. Note 1.) liest, wird von einem solchen Gedanken leicht zurückkommen. Die Lehre vom Einsatz ist nichts als die Lehre von der Hadrianischen Mission und vom Interdict, welche beide Rechtsmittel durch ent-

schiedenes Gewohnheitsrecht gemeinrechtlich recipirt sind, so sind also auch sämmtliche Regeln des Justinianeischen Rechts gelten, soweit sie nicht wiederum durch entschiedenes gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht modificirt wurden.

Wir haben nun in diesem Kapitel zuerst noch etwas genauer auszuführen, daß beide Rechtsmittel in der That gemeinrechtliche Geltung haben, sodann ist zu fragen, in wie weit sie durch Deutsche Rechtsüberzeugung eine Umgestaltung erfahren, und endlich haben wir dann das gesammte praktische Recht des Einsatzes als das Resultat der bisherigen Untersuchungen zusammenzustellen.

§. 191. Daß die **missio Hadriana** gemeinrechtlich recipirt sei, ist so sehr außer Frage, daß es unnöthig sein würde, hier noch einen besonderen Beweis zu unternehmen. Von dem **Int. quor. bon.** dagegen muß freilich anerkannt werden, daß es particularrechtlich in einzelnen Ländern entschieden ausgeschlossen ist, wie ich dies oben bereits für Baiern angeführt habe (§. 187. Nr. 18.). Aber nichtsdestoweniger ist die gemeinrechtliche Geltung des Interdicts, als eines lediglich de possessione handelnden Rechtsmittels, nicht zu bezweifeln. Dieselbe wird sogar von denen nicht geläugnet, welche mit Savigny behaupten, daß es im Römischen Rechte eine ganz andere Bedeutung gehabt habe [1]). Und wer die Literatur des Interdicts [2]) auch nur einigermaßen durch-

---

1) Puchta Pandekten §. 519., theilweise auch Bayer Conc. Pr. §. 71.

2) Man sehe: **Rogerius Summa zum Codex ad tit. quor. bon.** (Savigny Gesch. d. R. R. im M. A. IV. S. 436.). **Placentinus Summa in Cod. ad tit. quor. bon. Azo Commentar. in Cod. ad tit. quor. bon.** und dessen **Summa** zum C. ebendas. (wo ich bei den Folgenden keine besondere Stelle citire, ist immer: ad tit. quor. bon. hinzuzudenken). **Cinus ad Cod. Bartolus ad Rubr. Cod. quor. bon. Baldus eod. Salicetus eod. Ripa ad Dig. quor. bon. Raph. Fulgosius ad Rubr. Cod. quor. bon. Menoch Remedia adip. poss. (Int. quor. bon.). Oldendorp. Action. forens. prog. Class. II. act. I. Schneidewinus ad I. de Interd. §. 9. sqq. Cujacius Recit. in Cod. Friderus Mindanus de Interdictis (Francof. 1621.) III. 30. V. 10. VII. 81. VIII. 8. IX. 51. XI. 98. XIX. 11. XX. 41.**

Digitized by Google

ert, erſieht leicht daraus, daß, wenn gleich man über das
erhältniß deſſelben zur **missio Hadriana** keineswegs einig
ar, doch im Allgemeinen ſeine Geltung neben der letzteren
ets auf conſtantem Rechtsbewußtſein geruht hat. Einzelne
älle ſeiner Anwendung in Deutſchland laſſen ſich leicht zuſam-
enbringen [3]).

Indeſſen hat das Interdict in der neueren Zeit eine ganz
ntſchiedene Umgeſtaltung erfahren. Es iſt, von Anbeginn der
iteratur über das Römiſche Recht, einſtimmige Anſicht ge-
eſen, daß es nicht bloß als **directum** dem **bonorum pos-
essor**, ſondern als **utile** jedem **heres** auch ohne Ag-
nition der b. p. zuzugeſtehen ſei. Dieſer Satz zieht ſich von
er Summa des Rogerius an unverändert [4]) durch die Litera-

XXI. 15. XXVI. 51. ff. 117. ſodann die ſpecielle Darſtellung des **Int. quor. bon. Tit. XVI.** v. p. 652 an. **Brunnemann Comm. ad Pand. Hahn ad Wesenbecium. Schilter Praxis jur. Rom. Exerc. 47. §. 23. Lauterbach Coll. theor. prac. Müller ad Struvium. Wissenbach Exerc. ad Pand. ad tit. de Interd. und quor. bon. Huber Praelect. jur. civ. ad tit. Dig. de Interd. u. quor. bon. Dominici Tusci Pract. concluss. ad voc. Int. quor. bon. Wernher Observ. forens. II. Pars VIII. Observ. 407. II. Pars IV. Observ. 14. Leyser Meditat. ad Pand. Spec. 500. Voet Comment. ad Pand.** Die neueren Schriftſteller ſind ſchon im Laufe dieſes Werks oft citirt worden.

3) ſ. z. B. **Leyſer**, der einige Fälle mittheilt. Aus perſönlicher Erkundigung weiß ich, daß bei mehren Ober-Appellations-Gerichten das Interdict als entſchieden gemeinrechtlich gültig anerkannt wird (Lübeck, Celle, Caſſel). — Beiläufig mag hier noch angeführt werden, daß auch die Rota Romana das Interdict für praktiſch erklärte. ſ. **Martae Digesta novissima totius juris universi. Francof. 1680. sub voce: Interdicta. Tom. I. p. 243.**

4) Von den übrigen Juriſten ſcheint **Schilter** a. a. O. abzuweichen, es iſt aber mehr zum Schein, als in Wahrheit. Er ſagt, wenn man die b. p. nicht vor dem Richter agnoscire, ſo müſſe man dann im Interdictsproceß beweiſen: **se proximum defuncti esse.** Um dieſem zu entgehen, ſei es daher noch immer nützlich, die b. p. vor dem Richter zu agnosciren (ſ. §. 184 Note 7a). Schilter erkennt alſo doch ebenſo wie alle übrigen Schriftſteller an, daß man das Interdict auch ohne Agnition vor dem Richter habe, und ſeine Anſicht läuft alſo nur auf eine eigenthümliche Auffaſſung des im Interdictsproceß zu Beweiſenden hinaus, über welchen Punkt, wie wir

Digitized by

tur hindurch, und es giebt kaum einen Schriftsteller, der, wenn er die Grundsätze des **Int. quor. bon.** überhaupt darstellen wollte, ihn nicht erwähnt hätte. Es ist von ganz besonderer Wichtigkeit sich den Grund klar zu machen, auf welchen man sich dabei gestützt hat, um nach den allgemein bekannten Grundsätzen des Gewohnheitsrechts zu prüfen, ob wir hier in der That einen für uns völlig feststehenden Rechtssatz vor uns haben. Und wir können dies, wie mir scheint, ganz unbedenklich bejahen.

Es ist bekannt, daß, wenn ein bisher constant angewandter Rechtssatz auf einer irrthümlich interpretirten Stelle des Römischen Rechts ruhte, und man stets die Absicht hatte, das reine R. R. anzuwenden, der ganze Rechtssatz, sobald man die Falschheit der Interpretation erkennt, von selbst hinwegfällt. Wenn aber ein Rechtssatz freilich ebenfalls durch falsche Interpretation äußerlich hervorgerufen ist, sich aber daneben (sei es von Anfang an, sei es erst nach und *nach durch* die bisherige Uebung erzeugt) das entschiedene Rechtsbewußtsein selbständig gebildet hat, der Rechtssatz sei ein passender und bindender (**opinio necessitatis**), so steht er als Gewohnheitsrecht fest, auch wenn wir hinterdrein die Irrthümlichkeit der veranlassenden Interpretation einsehen. Das Beispiel der Provocationen ist bekannt genug.

Etwas Aehnliches begegnet uns hier. Es haben von jeher viele Schriftsteller schon im Römischen Rechte, und zwar vorzugsweise in **l. 1. C. quor. bon.** [5]), den Satz zu finden gemeint, daß das Interdict jedem **heres** auch ohne Agnition der **b. p.** zustehe. Das ist nun freilich, wie wir gesehen haben, nicht der Fall, aber dieser falsche Glaube traf mit der durchaus selbständigen Rechtsüberzeugung zusammen, daß der Richter bei jeder Erbschaft durch Besitzeseinweisung *müsse* thätig sein können (s. §. 190. Note 2.). Man begründete das Interdict sogar auf das Naturrecht, und auch wer solchen

---

nachher noch sehen werden, sehr verschiedene Ansichten aufgestellt sind.

5) Die richtige Interpretation dieser Stelle s. Bd. I. S. 389. s. auch §. 148. Note 10.

Digitized by Google

Theorien nicht anhing, erkannte doch an, daß ein solches Eingreifen des Richters, das sich auch noch in Sequestration oder Anordnung eines Curators äußern kann, durch ein öffentliches Interesse geboten werde [6]). Es existirt also ein wahres, jedenfalls nach und nach von der l. 1. C. quor. bon. ganz unabhängig gewordenes Rechtsbewußtsein, daß das Interdict, ohne Beschränkung auf Agnition vor einem Richter und in gewisser Frist, jedem **heres** zustehe.

Schon durch diesen Beweis ist das gemeinrechtliche Bestehen unseres Satzes außer Zweifel. Es kommt aber noch ein anderer Grund hinzu. Allerdings ist es möglich, daß jene l. 1. die Veranlassung desselben gewesen ist, aber von der anderen Seite ist es doch durchaus nicht sicher zu beweisen. Es sind nämlich im Verhältniß gar nicht so viele Schriftsteller, welche diese Erweiterung des Interdicts deßhalb annehmen, weil sie im Römischen Rechte gegolten hätte [7]), sondern die **ratio** der Meisten war, daß, da die **hereditatis petitio** als **directa** dem **heres** und als **utilis** dem **b. possessor** zustehe, es nun unnatürlich sein würde, wenn nicht auch umgekehrt das Interdict, welches der **b. possessor** als **directum** habe, als **utile** dem **heres** gegeben würde. Man erkannte es geradezu an, daß dies gegen die ausdrücklichen **verba** des Prätorischen Edicts sei, aber man meinte, eine solche Lücke in der Rechtsbildung müsse nothwendig **ex mente Praetoris** ausgefüllt werden [8]).

6) Auch Leyser begründet das Int. aus der summa aequitatis ratio, es sei namentlich bei uns so practisch brauchbar, weil in neuerer Zeit die Erbschafts-Processe so lange zu dauern pflegten. Die richtigen Gründe, aus denen das Interdict auch bei uns als ein zweckmäßiges Institut erscheint, sind bereits im §. 145. (von Note 6 an) entwickelt.

7) Besonders deutlich spricht diese Ansicht Hahn ad Wesenb. aus: „utile Interdictum, quod heredibus juris civilis, ex pacto item, vel statuto aut consuetudine per l. 1. C. h. t. (datur)" — s. auch Huber l. c.

8) Schon Placentin und Azo stellen das utile Interd. mit der her. pet. utilis zusammen, doch erst seit Bartolus (l. c. §. 7.) tritt es ganz klar hervor, daß man es als Grund betrachtete: weil der b. possessor die her. pet. utilis habe, so müsse dem heres das utile Interdictum zustehen. s. Baldus, Ripa, Raphael Fulgosius. l. c. Besonders charakteristisch ist die Darstellung des Sali-

Digitized by Google

Von einem Streit, ob in der That diese Annahme zulässig sei, ist nie die Rede gewesen, nur darüber war man nicht einig, ob dem heres nicht sogar geradezu das directum Interdictum zugestanden werden müsse. Die Meisten freilich blie-

---

cetus: dicit glossa, quod directum datur b. possessori de jure praetorio, utile autem datur heredi de jure civili (fr. 1. D. h. t.), et ratio hujus potest esse, quia in b. possessore de jure praetorio concurrunt mens et verba praetoris, in herede vero de jure civili mens tantum deficientibus verbis, quum verba praetoris in eo, cui data est b. p., loquantur. ut patet in fr. 1. D. h. t. argum. fr. 7. §. 1. de jurisd. et fr. 2. u. 4. (l. „haec actio") si quadrupes pauperiem. — Zuerst habe der Prätor dem b. possessor die utilis her. pet. gegeben, dann aber habe er noch ein Interdict aufgestellt, er habe dies an und für sich nur für den edicirt, welcher veniebat ad successionem beneficio suo tantum. Ebenso kam auch das jus civile an und für sich dem successor ex jure Praetorio nicht zu Statten, und doch hat er die utilis her. pet. Sed quum mens Praetoris *ut dixi* nixa fuit successori contra occupatores bonorum hereditatis, ideo ex interpretata mente competit utile Int., ut taliter consulatur per praetorem heredi de jure civili, qualiter per jus civile reperitur consultum ei, qui venit de jure praetorio tantum. — Ebenso Menoch (§. 33. ff.): quum adinventum sit Int. pro b. possessore ex jure Praetorio, — in b. possessore concurrunt mens et verba edicti, in herede vero solum mens edicti, — also könne das Interdict hier nur utile sein. (Dies geht gegen Cinus ad tit. quor. bon. und Andere, namentlich Jacobus de Arena und Petr. della Bell., welche dem heres das directum Int. zusprachen, weil die b. p. das schwächere Recht sei, also vom minus auf das majus geschlossen werden könne, und ferner weil die b. p. das spätere Recht sei, welches das Civilrecht in sich aufgenommen habe). S. ferner Schneidewinus l. c. §. 13. — Friderus Mindanus (Int. quor. bon. §. 45.) kehrt aus sehr eigenthümlichen Gründen wieder zu dem Satze zurück, daß der heres und so auch der, welchem vigore statuti vel consuetudinis ein Erbrecht zustehe, das directum Interdictum habe. — Müller ad Struvium setzt zu den Worten Struve's (§. 15), (daß das Int. juxta jus Roman. nur dem b. possessor, und dem heres nicht als solchem, sondern wenn er b. p. agnoscire, gegeben werde) Folgendes hinzu: Accommodatur etiam ad Dd. comm. utile Interdictum heredi civili tam ab intestato quam ex testam. — s. auch Leyser, bei dem ebenfalls von einer Berufung auf l. 1. C. quor. bon. nicht die Rede ist.

Digitized by Google

ben beim **utile** stehen, ebenso wie man auch die allgemein zugestandene Ausdehnung auf das Lehnrecht ein **utile Interdictum** nannte.

Jedenfalls sieht man, daß hier eine ganz selbständige, und selbstschaffende Rechtsüberzeugung vorliegt, wie sie das Charakteristische des Gewohnheitsrechts ist, und mag nun die **l. 1. C. quor. bon.** überhaupt daneben noch mitgewirkt haben oder nicht, so erscheint doch immer die gewohnheitsrechtliche Geltung des so bedeutend erweiterten Interdictes als vollkommen feststehend.

Allerdings ist diese Abweichung des neueren Rechts vom Römischen bedeutend. Während wir im vorigen Kapitel gesehen haben, daß die neuere Zeit für die Antretung der Prätorischen Erbklassen unbewußt zu demselben Ziel gelangt ist, welches auch schon Justinian erreicht hatte, so bildet hier das neuere Gewohnheitsrecht eine wahre Fortentwickelung des Justinianeischen. Im vierten Buche ist nachgewiesen worden, daß Justinian für das Interdict noch ganz die Regeln des **successorium edictum** und die Agnitionsvorschriften in bestimmter Frist und vor einem Richter festgehalten hat. Alles dies ist jetzt hinweggefallen, man gesteht das Interdict jedem **heres** auch schon in Folge einer bloßen Privatantretuug zu, und man hat von jeher unter diesem Worte **heres** nicht bloß die Römischen Civilklassen, sondern auch die durch neueres statutarisches oder Gewohnheitsrecht Gerufenen, also namentlich auch die vertragsmäßigen Erben verstanden [9]). Wenn daher von manchen Schriftstellern an der einen Stelle gesagt wird, das Erforderniß des Int. sei die Agnition der **b. p.**, so ist dies nur formelle Wiederholung des R. Rechts, wie sie in unserer Literatur so viel sich findet, ohne daß man die Absicht gehabt hätte, der an einer anderen Stelle bemerkten Ausdehnung des Interdicts auf den **heres** irgend zu widersprechen [10]).

Hiernach leuchtet es nun auch ein, daß, wie ich schon mehrfach im vorigen Kapitel bemerkte, das **Interd. quor. bon.** ganz aus der Lehre von der **b. p.** ausgeschieden worden

9) Nur den Fiskus und überhaupt die, welche ein Recht auf die bona vacantia haben, wird man nicht wohl dazu zählen können.

10) s. z. B. **Friderus Mindanus.** Int. quor. bon. §. 40.–44. in Vergleich mit §. 45. ff. **Schneidewinus** l. c. §. 23. u. 24.

Digitized by

doch einmal das **Corpus juris** für einen und denselben Fall äußerlich zwei Rechtsmittel darbiete, indem neben der missio die ausdrücklich für die testamentarische Succession bestimmt sei, das auf alle Erbklassen sich beziehende **Int. quor. bon.** auch für den **scriptus heres** aufrecht erhalten werden müsse. Man kannte nicht genug die historische Entwickelung beider Rechtsmittel in der Vorjustinianeischen Kaiserzeit, man berücksichtigte nicht genug die Art und Weise, wie Justinians Arbeiter in so vielen Lehren compilirt haben, und so konnten denn manche Schriftsteller sich nicht mit dem Satze befreunden, daß das generelle den Worten nach allen Erbklassen zustehende

---

(Int. quor. bon. §. 25.—33.) sagt ausdrücklich, das Interdict stehe nur den Intestaterben zu, nicht den testamentarischen, denn sonst sei ja nicht zu begreifen, weßhalb für Letztere das remed. ex l. ult. C. cit. bestehe. Indeß könnten von einem instituirten Intestaterben beide cumulirt werden, wenn er nicht genug auf Eins von beiden traue. s. noch z. B. **Dominic. Tuscus** l. c. und besonders **Leyser** Spec. 500. Nr. 5—8. — Andere Schriftsteller wollen beide Rechtsmittel auf verschiedene Weise auseinander halten. Die Einen sagen, (z. B. **Azo Comm. ad Cod.** ad tit. quor. bon.) „das Remed. habe man nur aus einem testamentum non cancellatum, non vitiatum, wo aber diese Eigenschaften fehlten, könne man immer noch mit dem Interdict klagen." Damit wären also die positiven Vorschriften Justinians über das äußere Unverletztsein des Testaments ganz hinweggeräumt. — Andere stellen beide Rechtsmittel so nebeneinander, daß man nicht recht sieht, ob sie beide auch in einem und demselben Fall dem Erben zugestehen wollen. So sagt **Voet** (ad tit. quor. bon.), neben dem Interdict bestehe noch für die testamentarische Succession das Rem. ex l. ult., ganz ähnlich in seinen Wirkungen, und nur dadurch unterschieden, daß es ein specielles Rechtsmittel für die testamentar. Succession sei und sich nach bestimmten Regeln richte, während beim Interdict die summaria cognitio nur aus den allgemeinen Regeln der Interdicte und der act. ad exhib. folge. — Noch Andere bringen nun gar auch die her. pet. possessoria dazwischen, die sie für ein possessorisches Rechtsmittel halten, wobei sie aber doch zugestehen, daß dies heutzutage nicht mehr in Gebrauch sei. „Hodie ut plurimum utuntur remedio l. ult. C. de ed. div. Hadr." sagen gleichlautend **Brunnemann Comm. ad Pand.** ad tit. de her. pet. poss. und **Müller ad Struvium.** eod. — In der **Nürnberger Reformation** (§. 167. Nr. 9.) ist das Verhältniß der missio und des Interdicts richtig ausgesprochen, wie wir es uns auch gemeinrechtlich zu denken haben.

Digitized by Google

Interdict in dem speciellen Falle des **scriptus heres** durch die **l. ult. C. cit.** absorbirt sei. Lieber erklärten sie deßhalb ausdrücklich (was doch die in Note 2. citirten Schriftsteller sämmtlich vermeiden), daß der **scriptus heres** in der That zwei Klagen habe, wobei denn entweder willkührlich die eine noch als die vortheilhaftere bezeichnet, oder auch ganz nackt ausgesprochen wurde, der Vortheil liege eben nur darin, daß man hier für denselben Zweck zwei Rechtsmittel hintereinander habe [3])!

Ganz abgesehen nun von unserer Argumentation, daß Justinian durch gar keinen Umstand zeigt, er habe das Recht der vorhergehenden Kaiserzeit verändern wollen, abgesehen von dem Charakter der **l. ult. C. cit.**, welcher ein anderes Rechtsmittel auf gleichen Zweck durchaus nicht duldet, so reichen wir, däucht mich, hiergegen schon mit Folgendem aus. Angenommen es sei ganz zweifelhaft, welche von beiden Ansichten die richtige sei, sollen wir da als die wahrscheinliche Absicht Justinians die annehmen, welche ein durchaus vernünftiges Resultat abgiebt, und für den practischen Zweck vollkommen genügt, oder die, welche uns zu höchst sonderbaren ja ganz unjuristischen Ergebnissen führt? Und wäre es etwa nicht unjuristisch, daß, sobald wir beide Rechtsmittel dem **scriptus heres** gewähren, wir anerkennen müßten, es könne unter denselben Parteien über denselben Gegenstand allenfalls zweimal **de possessione** entschieden werden? Ich denke doch, daß es unsere, der Juristen, Pflicht ist, da, wo die Rechtsquellen zweifelhaft sind, sie mit gesundem Sinn so zu interpretiren,

---

3) **Raphael Fulgosius** (ad l. 1. C. quor. bon. §. 2.) legt großes Gewicht auf seine Ansicht, daß das Interdict noch ein besseres possessorium sei, als das Remed. ex l. ult. C., also könne der filius praeteritus gegen den missus erst mit dem Interdict, und dann mit der her. pet. klagen. (Eine ähnliche Ansicht ist §. 147. Note 4. erwähnt). — **Salicetus** (ad l. 2. C. quor. bon.) sagt, es scheine, daß für die sec. tab. b. p. das Interdict nicht bestehe, weil hier mit einem anderen Remedium geholfen werde, und sonst schiene dies Remed. ex l. ult. C. überflüssig erfunden zu sein. Sed teneo contrarium, quia verba edicti late patent, et indistincte loquuntur, nec unum superfluum est per aliud, quia interest nostra plura remedia habere, et istud est de mente Cyni. — s. auch §. 162. Note 3.

Digitized by Google

daß der ebenmäßige Organismus des Rechts dadurch nicht gestört werde!

Ueberhaupt ist dies einer der Fälle, worin sich das vielfach befolgte, und ich muß sagen unglückliche, Streben zeigt, sobald die Quellen irgend dazu Veranlassung boten, Rechtsmittel auf Rechtsmittel zu häufen, damit die besiegte Partei dieselbe nur etwas anders formulirte Frage immer wieder von Neuem zum Proceß bringen könne. Als wenn nicht gerade umgekehrt die richtige Handhabung des Rechtes darin bestände, daß dasjenige, was wahrhaft **eadem quaestio** bildet, auch in einem einzigen Proceß zusammen erledigt werde! Die Endlosigkeit der Processe kann nicht bloß durch zu weitläuftiges Verfahren, durch übermäßige Zahl der Instanzen, sie kann auch durch unnütze Zerspaltung der Rechtsmittel bewirkt werden.

2. Es steht also nach dem Bisherigen fest, daß das Rechtsmittel des Einsatzes für den testamentarischen Erben die **missio Hadr.** für den Intestaterben das *Int. quor. bon.* ist. Indem beide so nach den verschiedenen Erbklassen auseinanderfallen, unterscheiden sie sich auch noch dadurch, daß bei der ersteren gemessene Rechtsvorschriften bestehen, nach denen, wenn der **scriptus heres** ihnen genügt, also eine äußerlich fehlerlose Testamentsurkunde vorgebracht hat, der Richter nun in Folge der Rechtsvorschrift das Testament als ein gültiges zu präsumiren, und den Einsatz zu vollziehen hat, ohne noch etwa andere Punkte über die wahrscheinliche Gültigkeit oder Ungültigkeit des Testaments hineinziehen zu dürfen[4]. Dagegen bei dem Interdict, also für den Einsatz der Intestatklassen, haben wir gar keine formelle Rechtsvorschriften, nach denen die Wahrscheinlichkeit der Erbberechtigung vom Richter bemessen werden soll. Es ist hier also Alles dem eigenen freien **arbitrium** des Richters in Beurtheilung jener Wahrscheinlichkeit überlassen.

---

4) Außer wenn bereits die Gewißheit der Ungültigkeit des Testaments feststeht; also z. B. gleich ein anderes Testament vorgewiesen wird, welches entschieden jünger ist, so kann natürlich der im früheren Testament Instituirte den Einsatz nicht erhalten, vielmehr kann nun eben der Erbe des zweiten Testaments darauf antragen. s. Bayers Concurs-Proceß §. 70. Note 6.

Digitized by Google

Ich habe bereits im §. 146. (Text von Note 6. an) entwickelt, daß mir in dieser Stellung des Einsatzes bei den Intestatklassen durchaus nicht eine Gefahr vor blinder regelloser Willkühr des Richters zu liegen scheint, daß es vielmehr umgekehrt nur bei der testamentarischen Klasse in dieser Hinsicht einer bestimmten Rechtsvorschrift bedarf. So war es auch schon früher in der **b. p.** der klassischen Juristenzeit, und die **missio** hat sichtlich die Idee der für die **sec. tab. b. p.** früher aufgestellten Regel in sich aufgenommen. Dagegen für die Intestatklassen ist es, ganz abgesehen von der Zweckmäßigkeit, auch gar nicht einmal möglich, durch eine ähnliche allgemeine Rechtsregel, wie bei der testamentarischen Klasse, gewisse Punkte festzustellen, woraus die Wahrscheinlichkeit des Erbrechts soll geschlossen werden können. Es bleibt also nichts übrig, als es dem **arbitrium** des Richters zu überlassen, und daß dies auch nicht so gefährlich sei, sieht man schon daraus, daß, wo unsere Lehre in Particularrechten auftritt (wie in der Nürnberger Reformation), man es gar nicht für nöthig gehalten hat, die gemeinrechtliche Unbestimmtheit im Einsatze der Intestatklassen zu verändern.

Ein anderer wichtiger Unterschied zwischen der **missio** und dem Interdict ist noch der, daß bei ersterer dem **scriptus heres** die Anrufung der richterlichen Beihülfe zum Einsatz auch ohne das Vorhandensein eines Gegners möglich ist, während das Interdict nur dadurch begründet wird, daß ein Anderer als **pro herede** oder **pro possessore possessor** bereits im Besitze der Erbschaft sich befindet. Auch davon, und von dem inneren Grunde, wonach dieser Unterschied durchaus nicht unpassend erscheint, ist schon oben (§. 146. Note 5.) die Rede gewesen.

3. Abgesehen von diesen äußeren Unterschieden sind nun aber beide Rechtsmittel innerlich durchaus gleichartig. Sie sind schon in der späteren Römischen Kaiserzeit zusammengeschmolzen, und bilden auch in ihrer Anwendung in Deutschland, mag man sie nun **missiones in bona** oder **remedia adipiscendae possessionis** nennen, eine einzige Lehre des Einsatzes. Das Wichtige, was darin liegt, ist nach Römischer Ausdrucksweise, daß sie, falls überhaupt ein Gegner vorhanden ist, **resti-**

Digitized by Google

tutorische Rechtsmittel sind, während der Einsatz des scriptus heres ohne einen Gegner prohibitorischen Charakter hat, — und ferner daß durch den Einsatz die wahre possessio, der juristische Besitz erworben wird. Freilich war das Rechtsmittel, das Hadrian für den testamentarischen Erben einführte, eine missio, und wird damals nach der allgemeinen Regel über Missionen nur Detention ertheilt haben, aber als es dann in der späteren Kaiserzeit zuerst „ex more“ und darauf durch besondere kaiserliche Sanction das Interdict ganz verdrängte, als man ausdrücklich sagte, daß die Agnition der b. p. und in Folge deren das Interdict ganz unnöthig sei, da man schon durch die Missio dasselbe erlange, — damals kann man letztere denn auch unmöglich weniger Effect beigelegt haben, als das Interdict, das auf adipisci der possessio ging, gehabt hatte. Und daß dann Justinian dies wieder abzuändern durchaus nicht die Absicht hatte, sieht man aus der l. ult. C. de ed. d. Hadr. toll., wenn gleich auch darin vom Detiniren und von missio in possessionem die Rede ist, zur Genüge [5]).

4. Während wir also in dem allgemeinen Effecte beider Rechtsmittel eine Verschmelzung anzunehmen haben, so muß gleich noch ein Punkt erwähnt werden, von dem es sehr zweifelhaft ist, ob auch hier eine Ausgleichung eingetreten sei, oder ob wir ihn den unter Nro. 2. erwähnten äußeren Verschiedenheiten beizuzählen haben. Da aber dieser Punkt in andere Lehren einschlägt, die den Gränzen dieses Werks fern liegen, so kann ich über denselben nur kurze Andeutungen geben. Es fragt sich nämlich, wer für die missio Hadriana, und wer für das Int. quor. bon. der competente Richter sei?

In Beziehung auf die erstere ist die Antwort, wie für das Römische Recht, ebenso auch wohl für die Deutsche Praxis unzweifelhaft. Der judex rei sitae hat ersteren darüber zu entscheiden [6]). Umgekehrt aber ist für das Interdict im älteren Römischen Recht wohl unbedenklich anzunehmen,

5) Offenbar behandelt Justinian hier die Ausdrücke: mittatur in possessionem und: et ei acquiratur possessio als gleichbedeutend.

6) l. un C. ubi de her. ag. (3. 20.).

Digitized by Google

daß es sich nach der allgemeinen Regel aller **in rem** und **in personam actiones** [7]) gerichtet habe, und **in foro domicilii** angestellt werden mußte [8]). Das **forum rei sitae** ist erst im Jahr 385 für die **actiones in rem** eingeführt [9]), und der Versuch, es bereits aus der **l. un. C. ubi de her. ag.** herauszuinterpretiren, hat sehr wenig für sich. Erst seit dem Jahre 385 kann man daher dies **forum rei sitae** auf die **her. pet.** ausgedehnt haben. Für das **Int. quor. bon.** ist damit noch nichts bewiesen, denn es hatte sich in der späteren Kaiserzeit von der **her. pet.** sehr viel mehr entfernt, als dies früher der Fall gewesen war. Wann also, und ob durch analoge Ausdehnung von der **her. pet.** oder von der **missio Hadriana** aus, der **judex rei sitae** beim Interdict zugelassen wurde, ist gänzlich unklar. Jedenfalls muß dies seit der Novelle 69, in der ausdrücklich auch von den Processen **de possessione** die Rede ist, angenommen werden [10]). Aber wir gelangen hiermit doch nur dazu, daß von jetzt an das **forum rei sitae** mit dem des Domicils concurrirt, nicht aber zu der exclusiven Competenz des ersteren, wie sie für die **missio Hadriana** feststeht. Sollen wir nun also sagen, daß der testamentarische Erbe auch heutzutage allerdings durchaus an den **judex rei sitae** gebunden sei, daß aber die Intestaterben, wenn sie den Einsatz verlangen, auch den persönlichen Gerichtsstand des Bekl. wählen können?

Ich denke, wir dürfen dies verneinen. Wenn man berücksichtigt, daß der Einsatz für die testamentarische Klasse practisch immer die Hauptsache ist, daß der Einsatz der Inte-

---

7) Vat. Fragm. §. 326. s. darüber besonders Bethmann-Hollweg Versuche S. 51.

8) Arndts Beiträge I. 114. Allerdings kann man hier aus dem Verhältniß, in welchem das Interdict zur her. pet. stand, von letzterer auf ersteres schließen; aber freilich nicht in der Art, wie dies Arndts thut. Ich brauche dies wohl nicht weiter auszuführen. Außerdem spricht auch die l. 2. C. de interd. (vom J. 260) und ihr wahrscheinlicher Zusammenhang mit der in Note 6. citirten Stelle, sehr für diese Annahme, wie Arndts a. a. O. S. 116. nachweist.

9) l. 3. C. ubi in rem act. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 61. ff.

10) Bethmann-Hollweg S. 66. ff.

Digitized by

staterben, wenn auch gemeinrechtlich zulässig, doch selten vorkommt, und jedenfalls sich jenem als gleichartig anschließt, so darf man wohl sagen, daß überhaupt die exclusive Competenz das **forum rei sitae** allgemein für die Lehre des Einsatzes anzuerkennen ist. Es wird Niemand läugnen, daß es sehr unpassend sein würde, wenn die Intestatklassen hier anders stehen sollten, als der **scriptus heres**. Man wird ferner es auch nicht für unpassend erklären, daß über die Einweisung in den Besitz nur der Richter der belegenen Sache entscheiden kann. Es fragt sich also lediglich, ob die Ineleganz, die sich hier für die Intestatklassen in den Römischen Quellen zu finden scheint, lediglich durch neue Gesetzgebung getilgt werden kann, oder ob die Wissenschaft berechtigt ist, sie nach dem Wesen der Sache auszugleichen. Ich glaube, wir sind zu dem Letzteren berechtigt, und dürfen, da für das Interdict doch jedenfalls sich nichts direct Widersprechendes in den Römischen Quellen findet, den für die **missio** entschieden *feststehenden* Rechtssatz auch als für das gleichartige Interdict geltend annehmen, so wenig sich im Uebrigen die Wissenschaft und das Gewohnheitsrecht für exclusive Competenz des **forum rei sitae bei in rem actiones** festgestellt hat [11]).

§. 193. — 5. Gegenstand des Einsatzes. — Es ist bereits im dritten Buche nachgewiesen worden, daß unsere beiden Rechtsmittel schon in der vorjustinianeischen Kaiserzeit rücksichtlich des Gegenstandes vollkommen gleichstehen. Beide sind nach der technischen Ausdrucksweise der Quellen (s. §. 144. Nro. 2. §. 162. zu Note 2.) auf die **corpora hereditaria** [1]), oder, wie man auch sagte, auf die **res, quae**

11) Bethmann-Hollweg S. 73.

1) Nach Römischer Auffassung sind hierunter nur die wahrhaft-körperlichen Sachen der Erbschaft verstanden. Nun aber fragt sich, ob hierin dadurch eine Veränderung eingetreten sei, daß das deutsche Recht einen Quasibesitz bei allen den Rechten anerkennt, an welchen eine rechte Gewere Statt fand, oder welche nach neuerer Ausdrucksweise auf Grund und Boden radicirt sind (Dunker in der Zeitschr. f. Deutsch. R. II. 2. S. 50). In der That bejahen dies viele Schriftsteller, denen zufolge das Int. quor. bon. als utile auch auf die Sachen gerichtet werden kann, welche, wenn auch an

Digitized by Google

testatoris mortis tempore fuerunt gerichtet, und es ist oben mehrfach hervorgehoben, daß man darunter nicht die im Eigenthum des Erblassers stehenden Sachen, sondern lediglich diejenigen verstand, welche er im Momente seines Todes unter seiner factischen Herrschaft hatte. Darin also liegt, daß diese Sachen nicht schon bei Lebzeiten des Erblassers durch Rechtsgeschäfte oder Delicte in den Besitz Anderer gekommen waren, und umgekehrt dürfen sie nicht schon nach dem Tode in den Besitz des Erben gelangt, und so wieder aus dessen Händen gekommen sein, denn mit der Besitzergreifung des Erben hören sie auf **corpora hereditaria** zu heißen. Mithin kann der, welcher jetzt besitzt, sich nur auf eigenmächtige Besitzergreifung der **corpora jacentia** stützen, sei dies **bona** oder **mala fide** geschehen, und danach kann man denn sowohl beim Interdict als bei der Missio (sobald hier überhaupt ein Gegner vorhanden ist) den **pro herede** und **pro possessore possessor** mit ihrer verschiedenen Haftungspflicht trennen [1a]).

Ich brauche zur Erklärung dieser Sätze hier nichts weiter hinzuzufügen. Nur einige Folgerungen, die sich von selbst daraus ergeben, habe ich noch namhaft zu machen:

a. Der Einsatz betrifft nicht die Sachen, welche ein Anderer **titulo singulari** besitzt [2]), und zwar muß hier, wenn

---

sich unkörperlich, doch **rebus corporalibus adhaerent**; darunter werden dann aufgezählt die Prädial-Servituten, das **jus venandi piscandi pascendi, jurisdictio castri, annuae pensiones, jura emphyteutica, feudalia.** S z. B. **Menoch** §. 83—86. **Lauterbach** l. c. **ad tit. quor. bon.** §. 8. **Hahn ad Wesenbecium ad tit. quor. bon. (Int. utile). Müller ad Struvium ad tit. quor. bon.** §. 17. Ich habe nicht gefunden, daß man dieser Ansicht widersprochen hat, nur scheint man die Frage neuerdings vergessen zu haben. — Vom Standpunkt des Römischen Rechts scheint entgegenzustehen, daß, was man nicht restituiren kann, nicht in das (restitutorische) Interdict gehört, weßhalb ja auch Servituten nicht in die **her. pet.** hineinpassen. S. Bd I. S. 317. Note 2. Doch könnte man vielleicht sagen, das Deutsche Recht sei hier selbständig weiter gegangen, und man könne, da an allen diesen Sachen gleichsam wie an Grundstücken Besitz statt findet, nun auch den Einsatz in denselben verlangen, wenn sie zur Erbschaft gehören.

1a) So geschieht es auch in der Nürnberger Reformation.

2) Ueber diesen Punkt ist viel Zweifel gewesen, ich glaube aber, er ist

Digitized by Google

Zweifel entstehen, der Kläger beweisen, daß die fraglichen Sachen **mortis tempore** im Besitz des Erblassers waren (§. 146. Note 9.).

b. Ebensowenig, wie mit dem Interdict die **debitores** belangt werden können [3]), ist auch die **missio** darauf gerichtet.

c. Natürlich kann weder die **missio** noch das Interdict gegen Jemanden gerichtet werden, der gar nicht Besitzer ist [4]).

---

so klar, daß es nicht von Interesse ist, die Literatur desselben weitläuftig anzugeben. Auch die, welche die Belangung des **titulo singulari possidens** läugnen, stützen dies oft auf sehr verkehrte Gründe s. z. B. **Bartolus ad l. 1. C. quor. bon. §. 15. Menoch l. c. §. 60. ff. Schneidewinus l. c. §. 17—30.** Besondere Schwierigkeiten machte man sich durch die Frage: wie denn der Bekl., da darunter kein tit. sing. possidens verstanden werde, überhaupt ersitzen könne, und wie nun die Edictsworte: **si nihil usucaptum sit** (s. Bd. I. S. 101. ff. u. §. 144. Nr. 3.) zu verstehen seien s. **Baldus ad Rubr. C. quor. bon. Cinus l. c. §. 2. Salicetus ad Rubr. C. quor. bon.**

3) Bd. I. S. 314. ff.

4) Dies sagen schon **Bartolus** und Andere. Dagegen **Menoch** (l. c. §. 48.) bezweifelt es, da doch, auch ohne daß der Bekl. besitze, zwischen ihm und dem Kläger Streit sein könne! — Anders ist es, wenn aus besonderem Grunde Jemand als Besitzer **fingirt** werden kann. Ein solcher Fall wird von **Pfeiffer** (Pract. Ausf. I. S. 208 ff.) mitgetheilt, wo der Allodialerbe, dem durch Immissionsdecret der Regierung der Besitz überwiesen war, obgleich er die wirkliche Apprehension in Abrede stellte, dem Lehnsfolger gegenüber als Besitzer angenommen werden mußte. Ich muß aber die bei dieser Gelegenheit geäußerte Ansicht Pfeiffers durchaus zurückweisen, „daß der, welchem die **missio Hadriana** zusteht, ohne Zweifel gegen den, welcher das **Int. quor. bon.** anstellen könnte, seine Klage zu richten befugt ist, ob wohl derselbe noch nicht Besitzer ist, sondern nur ein Besitzesrecht geltend machen will." Also nicht bloß der, **qui dolo desiit possidere**, sondern auch der, welcher ohne allen **dolus** auch nicht angefangen hat zu besitzen, der auch nicht einmal **liti se obtulit** (s. übrigens Bd. I. S. 396. Note 6.), soll belangt werden können! Wie nun aber, wenn er mit seinem Interdict abgewiesen wird, oder den Proceß, weil ihm der Besitz durch jenen Gegner ja doch gleich wieder weggenommen würde, aufzugeben beschließt, soll er da noch immer verurtheilt werden können? Eine ähnliche Ansicht, wie Pfeiffer, spricht **Gerau** (Zeitschr. **XX.** S. 287—305) aus, mit ganz unhaltbaren Gründen. — Am Ende wird das Interdict durch

Digitized by Google

Aber wir müssen nach den vorher angegebenen Grundsätzen noch hinzusetzen, daß auch derjenige Besitzer der **corpora hereditaria** nicht belangt werden kann, welcher nicht eigenmächtiger **pro herede** oder **pro possessore possessor** ist. Dahin gehört einestheils der, welcher bereits selbst den richterlichen Einsatz erlangt hat. Also weder eine Intestatklasse, die mit dem **Int. quor. bon.** siegte, kann durch die **missio Hadriana**, noch auch ein durch letztere Eingesetzter kann wieder durch einen Anderen vertrieben werden, der sich etwa auf ein äußerlich ebenfalls fehlerloses aber *späteres* Testament beruft (s. §. 162.), vielmehr muß jetzt immer sogleich die Wahrheit völlig untersucht, d. h. die **her. petitio** angestellt werden. — Anderntheils gehört hieher ein neuerdings nicht selten vorkommender Fall, wenn nämlich der Richter schon durch anderweitige Verfügung eingegriffen hat, indem er die Erbschaft *sequestrirte*. Durch Sequestration kann der juristische Besitz übertragen werden, sobald der Wille des Uebertragenden darauf gerichtet ist. Der Richter hat nun die Befugniß, diesen juristischen Besitz der Erbschaft dem Einzelnen nach summarischer Untersuchung zu verleihen. Wenn er dies nun aber nicht thut, sondern ohne das Auftreten der Erbprätendenten abzuwarten, oder auch nachdem schon Mehre mit widersprechenden Ansprüchen aufgetreten sind, die Güter einem Sequester übergiebt, so fragt sich doch, welchen vernünftigen **animus** wir dieser seiner Handlung zu imputiren haben. Es ist wohl zu bemerken, daß es sich hier um das **adipisci** der **possessio** handelt, nicht um die *Schützung* eines schon vorhandenen oder verloren gegangenen Besitzes. Bei letzteren Fällen hat es Sinn, daß man dem Sequester nur die Detention übergiebt, und ihn als Repräsentanten dessen ansieht, der in Wahrheit besitzt, (was immer Einer von den streitenden Parteien ist), bis dann der Streit über das Recht des Besitzes entschieden ist. Aber von den possessorischen Processen im eng. Sinn scheiden sich die auf **adipisci** der **possessio** ihrer ganzen practischen Bedeutung nach vollkommen. Unser Einsatz soll und darf nichts Anderes sein,

---

derartige Argumentationen zu einer reinen Präjudicialklage umgewandelt, woran doch nicht zu denken ist.

Digitized by Google

als eine rasche interimistische Verfügung des Richters, bis das definitive Recht des Erbewerbens entschieden ist. Wollte nun der Richter bis zur Entscheidung jener raschen interimistischen Verfügung noch eine Sequestration anordnen, d. h. eine andere ebenfalls rasche interimistische Verfügung treffen, so würde er sich selbst widersprechen, er würde in ganz unnützer und verkehrter Weise zwei auf dasselbe Ziel gehende Mittel auf einander häufen. Gestattet der Richter, nachdem er sequestrirt hat, noch das **Interd. adipiscendae possessionis**, so verkennt er das Wesen des Letzteren, und es wird dadurch wieder jener unglücklichen Neigung Nahrung gegeben, Processe auf Processe zu häufen, ohne daß irgend ein practisches Bedürfniß vorliegt [5].

d. Das **Int. quor. bon.** geht auch gegen den, **qui dolo desiit possidere**, wobei denn die Frage entsteht, ob wir dies auf die **missio Hadriana** übertragen dürfen. Gesteht man mir zu, daß beide Rechtsmittel ein einziges gleichartiges Institut geworden sind, so mag dagegen wohl wenig eingewandt werden können.

6. Kläger ist jeder **heres** im weitesten Sinn des Worts, mag er sich auf Römisches Civil- oder Prätorisches, mag er sich auf Deutsches Gewohnheitsrecht rücksichtlich seiner Befugniß der directen Universalsuccession stützen. Also im Gebiete des Römischen Rechts können jedenfalls die testamentarischen [6] und die Intestatklassen den Einsatz in Anspruch nehmen, dage-

5) Freilich erkennen auch Particularrechte die Möglichkeit des **possessorium** nach erkannter Sequestration an, s. die Nürnberger und Baseler Gerichtsordnung §. 187. Aber hier bindet den Richter Nichts, die Institute nach dem Wesen der Sache so zu handhaben, wie es einer vernunftgemäßen Gestaltung des Rechtslebens entspricht. Wahrlich, wenn der Einsatz so immerfort gehandhabt wird, wie dies freilich bisher oft genug geschehen ist, wenn der Proceß darüber ebenso viel Jahre dauert, als er Tage erfordern sollte, so wäre es allerdings besser, wir hätten das ganze Institut gar nicht, und es gäbe lediglich eine her. petitio. Ganz verkannt ist dies von Gerau a. a. O. S. 305—314.

6) Ob auch der heres ex re certa dazu befugt sei, (s. darüber Ripa ad tit. D. quor. bon. Menoch l. c. §. 37. 38. Schneidewinus l. c. §. 22.) beantwortet sich aus der anderen Frage, wie weit man ihn überhaupt als Universalsuccessor aufzufassen habe. — Unter dem scriptus heres ist aber nicht bloß der in einem Privat-

Digitized by Google

gen müssen wir allerdings wohl die, welche als Notherben auftreten, vollkommen davon ausschließen. Nach den neueren Gestaltungen des Notherbenrechts (wodurch das formelle ausgeschlossen ist) wird immer vorausgesetzt, daß der Notherbe entweder mit der **querela inoff.** (die Geschwister) oder mit der Klage aus der Nov. 115. (die De- und Ascendenten) auftrete. Beide Rechtsmittel aber sind **hereditatis petitiones**, also es muß, was auch durchaus passend ist, sogleich definitiv über das Begründetsein des Notherbenrechts entschieden werden.

Im Gebiete des Deutschen Rechtes ist von jeher namentlich den vertragsmäßigen Erben, ferner überhaupt denen, welche **vigore statuti** oder **consuetudinis** gerufen werden (s. §. 191. Note 7. u. 8.), das Recht des Einsatzes zugestanden worden. Und ebenso hat man nach **II. Feud. 26. pr.** dem **filio vel agnato ab intestato ad feudum venienti** das **utile Int. quor. bon.** beigelegt [7]) (s. übrigens noch §. 1. u. 2. **eod.**).

7. Eine besonders wichtige Frage ist nun aber, was in dem Processe des Einsatzes zu beweisen sei. Wir müssen in dieser Hinsicht zwei Klassen genau trennen.

Zuerst hat der, welcher den Einsatz verlangt, in Beziehung auf die Sachen, welche er in Anspruch nimmt, ein Doppeltes darzuthun, sobald im einzelnen Fall Zweifel darüber entstehen. Er muß beweisen, daß die Sachen **mortis tempore** im Besitz des Erblassers gewesen waren, und daß dieselben sich jetzt im Besitz des Beklagten befinden (s. Nro. 5.). Dies sind die beiden Grundvoraussetzungen des Interdicts, und ebenso ist auch bei der **missio Hadriana** jener erstere Beweis stets, der letztere wenigstens dann, wenn sie gegen einen bestimmten Beklagten gerichtet wird, eine Nothwendigkeit. Beide Beweise sind auch bei dem **Int. quor. bon.** zu allen Zeiten, durch die es sich in verschiedenen Gestalten hingezogen hat, unverändert vorgekommen, und es ist nicht der geringste Grund vorhanden, daß nicht

---

testament, sondern ebenso der in einem öffentlichen Eingesetzte zu verstehen.

7) Müller ad Struv. ad tit. quor. bon. §. 15. setzt aber mit Recht hinzu: non vero competit pro adipiscendo feudo, de quo quis abusive institutus est, ebensowenig wie der Käufer einer Sache oder der Legatar es anstellen könne.

Digitized by Google

stets, wenn einer dieser Punkte vom Beklagten in Abrede genommen wurde, vom Kläger wahrer Beweis gefordert werden sei. Ich glaube, dies steht durch meine früheren Untersuchungen fest genug, so daß ich es hier ohne weitere Auseinandersetzung auch als practisches Recht hinstellen kann.

Anderntheils aber beziehen sich die Nachweisungen des Klägers noch auf ein anderes Gebiet, nämlich seine eigene persönliche Berechtigung. In dieser Hinsicht ist freilich für die **missio Hadriana** die Frage einfach und leicht zu beantworten. Der Petent muß zeigen, daß er in einem äußerlich gültigen Testamente, wie dies die **l. ult. C. cit.** genauer vorschreibt, eingesetzt sei. Dies läuft also ungefähr auf dasselbe hinaus, als was in der klassischen Juristenzeit durch die **sec. tab. b. p.** erlangt wurde. Der **b. possessor sec. tab.** hatte bei Agnition der **b. p.** ähnliche bedingende Beweise erbringen müssen, und erhielt dann durch das **Int. quor. bon.** den Besitz. Nur war der Unterschied, daß der Bekl. dagegen vernichtende Beweise vorbringen konnte, während Justinian in der **l. ult C. cit.** allen Streit über die innere Gültigkeit des Testaments ausschließt. Und so mag es auch wohl schon in der späteren vorjustinianeischen Kaiserzeit gewesen sein.

Wie aber steht es heutzutage mit dem für die übrigen Erbklassen geltenden **Int. quor. bon.**? Es bedarf keines weiteren Beweises, daß wir dem Recht der klassischen Juristenzeit (Bd. I. S. 386 ff.) gar keine directe Bedeutung für unsere heutige Zeit zusprechen können. Das Interdict, wie wir es haben, ist erst aus den Gestaltungen der späteren Kaiserzeit hervorgegangen. Das aber, was es damals wurde, ist es auch unverändert unter Justinian geblieben, und so folgt denn, daß die Resultate unserer im §. 144. Nro. 1. und 3. gegebenen Untersuchungen die Grundlage für unser heutiges Recht enthalten müssen. In der späteren Kaiserzeit und ebenso nach Justinianeischem Recht mußte der Kläger erstens beweisen (und nicht bloß bescheinigen), daß er die **b. p.** zu rechter Zeit agnoscirt habe. Zweitens aber hatte er jetzt im Interdictenproceß die „bedingenden Beweise“ vorzubringen, welche früher dem Prätor vor Ertheilung der **b. p.** geliefert werden mußten. Der Richter mußte die Wahrscheinlichkeit der klägerischen Be-

Digitized by Google

hauptungen [8]) und die Unwahrscheinlichkeit der vom Beklagten vorgebrachten prüfen. Gesetzliche Vorschriften, nach denen er sich hierin, ähnlich wie bei der **missio**, hätte richten müssen, sind nie gegeben worden, es war also Alles dem richterlichen Arbitrium überlassen.

Was folgt hieraus für unser heutiges Recht? Jener erste Beweis fällt hinweg, weil das Interdict jedem **heres** zusteht. Im Uebrigen aber müssen wir in Beziehung auf jenen zweiten Beweispunkt dem Richter auch heutzutage durchaus dasselbe Arbitrium zugestehen, welches auch schon im Römischen Rechte galt.

Unsere Literatur scheint mir in dieser Beziehung einen falschen Weg gegangen zu sein, auf dem sich nie ein Resultat wird erlangen lassen. Man hat hier immer aus der Natur der Sache Sätze ableiten wollen, welche als nothwendige Folgerungen für den Richter bindende Regeln enthalten sollten. Aber die Wahrscheinlichkeit ist etwas ganz Willkührliches, über welche verschiedene Menschen sehr verschiedene Ansichten zu haben pflegen, und bei der es auch überhaupt stets auf die factischen Verhältnisse jedes einzelnen Falls ankommt. Aus der Natur der Sache folgt hieraus also gar nichts, und wenn es daher für den Richter bindende Vorschriften geben soll, so können dies nur rein positive gesetzliche Bestimmungen sein. Da wir aber diese bekanntlich nicht haben, so folgt es von selbst, daß Alles dem freien Arbitrium des Richters überlassen bleiben muß. Die Regeln, die die Wissenschaft hier aufstellen kann, gehören lediglich in das Gebiet der Rathschläge, durch die man dem Richter allgemeine Anleitung giebt, wie er im einzelnen Fall am umsichtigsten verfahren werde. Eine höhere Kraft haben sie nicht.

Solcher Rathschläge, die aber freilich nach der Absicht der Schriftsteller mehr bedeuten sollten, sind folgende aufgestellt worden.

a. Es brauchen manche Punkte, welche in dem Proceß über die Gewißheit (**her. pet.**) allerdings in Betracht kom-

8) Diese Behauptungen beziehen sich theils auf die eigene persönliche Berechtigung, theils auf das Nichtvorhandensein anderer näher berechtigter Personen (§. 144. Note 5. §. 153 Note 1.).

Digitized by Google

men, in dem Verfahren über den Einsatz nicht untersucht zu werden, sie sind also bis zum Erbschaftsproceß auszusetzen. In dieser Hinsicht hat man meistens nur von den Behauptungen des Beklagten gesprochen, und sich ziemlich dahin geeinigt, daß nur einige wenige Exceptionen gegen das Interdict vorgebracht werden dürften [9]). Gewiß ist es richtig, daß der Richter den Zweck des Einsatzes verfehlen würde, wenn er die Vorbringung aller möglichen Exceptionen zulassen wollte, und er ist durchaus berechtigt, sie insgesammt (auch mit Inbegriff der in Note 9 aufgezählten) auszuschließen. Man hätte nur noch weiter gehen, und, statt immer bloß von den aus dem Interdictsproceß auszuscheidenden Behauptungen des Beklagten zu sprechen, umgekehrt die Frage auch auf den Kläger übertragen sollen. Auch für ihn giebt es vielerlei Punkte, die freilich zur **her. pet.** gehören würden, einstweilen aber beim Einsatz noch ununtersucht und unbewiesen bleiben können, trotz dem, daß er als wahrscheinlicher Erbe bereits *einzusetzen* ist. Ich werde hierauf unter Nro. c zurückkommen.

b. Von jeher hat man angenommen, daß überhaupt alle Behauptungen der Parteien, sowohl die klägerischen, als auch die des Beklagten, soweit man sie überhaupt zuläßt, **in continenti** bewiesen werden müssen [10]). Und in der That kann

9) Als solche Exceptionen hat man aufgezählt die Einrede der Verjährung von 30 J. (**Menoch** l. c. §. 101.), die exceptio dominii (**Raphael Fulgosius** ad l. 3. C. quor. bon. **Bartolus** ad l. 3. C. eod. **Baldus** eod. **Menoch** §. 103. Man sieht hieraus, daß man sich den richtigen Satz, das Interdict gehe nicht gegen den titulo singulari possidens, doch unklar dachte), die exceptio latae sententiae in petitorio (**Menoch** §. 105.), die exceptio doli (**Bartolus** l. c. meint dies wegen reg. 59. de regul jur. in VIto). Von den späteren Schriftstellern werden diese Exceptionen meistens wiederholt. — Man hat in Beziehung auf die Zulässigkeit der Einreden die missio und das Interdict stets als gleichartig behandelt, und von dem Einen auf das Andere geschlossen. Schon **Azo Summa Cod.** ad tit quor. bon. thut dies; und man ist auch vollkommen dazu berechtigt.

10) Die in der vorigen Note angeführten Schriftsteller (und so auch die Späteren) heben dies bei den Einreden, welche sie überhaupt zulassen, stets ganz besonders hervor. **Salicetus** (ad l. 3. C. quor. bon.) stellt denn auch ganz allgemein den Satz auf, daß alle ex

Digitized by Google

dieser Regel in so allgemeiner Fassung vollkommen beigestimmt werden; sie ist das, worauf ein vernünftiges Arbitrium des Richters nach dem ganzen Zwecke des Einsatzes von selbst führt. Jemand der rasch den interimistischen Besitz verlangt, würde sich selbst widersprechen, wenn er für sein Gesuch weitaussehende und langdauernde Beweisführungen in Anspruch nehmen wollte. Er kann sich daher nicht beklagen, wenn der Richter ihn in solchem Falle mit seinem Verlangen abweist. Und umgekehrt, da der Richter befugt ist, alle die Sache verweitläuftigenden Einreden auszuschließen, so versteht es sich von selbst, daß, wenn er es passend hält, sie zuzulassen, er dies rathsamer Weise unter jener Beschränkung thut.

Aber unsere Regel ist nur eine ganz allgemeine. Alle specielleren Folgerungen, die man daraus gezogen hat, namentlich daß hier die Grundsätze des Executivprocesses angewandt werden müßten [11]), entbehren jedes Grundes.

c. Während in den vorhergehenden beiden Sätzen unserer Literatur allerdings ein richtiges Element liegt, muß man sich besonders entschieden gegen die dritte Regel, welche außerordentlich oft wiederholt worden ist, verwahren. Sie bezieht sich lediglich auf den Kläger, und es sollen danach alle von demselben aufgestellten Behauptungen nur einer **semiplena probatio** bedürfen. Sie ist auch niemals ganz allgemein herrschend geworden, viele Schriftsteller haben vielmehr auch im Interdictsproceß die Erbringung eines vollen Beweises für eine entschiedene Vorschrift des Römischen Rechts erklärt [12]).

---

ceptiones, welche nicht in continenti bewiesen werden könnten, auszuschließen seien.

11) Dagegen erklärt sich mit Recht Bayer Summ. Proc. §. 70. Note 4. So versucht neuerdings auch wieder Gerau a. a. O. S. 326 ff. „aus dem Zweck und Erfolg der possessorischen Rechtsmittel, aus den gesetzlichen Dispositionen selbst, und den allgemeinen Grundsätzen über Rechtsgleichheit der Parteien" nachzuweisen, daß nothwendig von beiden Seiten nur liquide Beweismittel, also Urkunden, vorgebracht werden dürften, Eide mithin ausgeschlossen seien.

12) Die Hauptstelle, auf die man sich dabei stützte, war die l. 1. C. quor. bon. (s. Bd. I. S. 389), worin es heißt: interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse, et ad hereditatem vel b.

Digitized by Google

Aber allerdings kann man jene Ansicht, daß nur ein bloß summarischer Beweis nöthig sei, die durchaus vorherrschende nennen [13]).

Im Römischen Rechte ist nun dieser Begriff einer **semiplena probatio**, wie ihn die Neueren gefaßt haben, gar nicht zu finden. Im Allgemeinen freilich kann man wohl zugeben, daß, da es sich hier nicht um die Gewißheit sondern Wahrscheinlichkeit des Erbeseins handelt, der Richter nicht streng an die processualischen Beweisregeln, die sich eben auf die Herstellung der juristischen Gewißheit beziehen, gebunden ist. Vielmehr hat der Richter auch in dieser Hinsicht eine freiere Stellung, es kommt darauf an, daß ihm eine vernünftige Ueberzeugung von der Wahrscheinlichkeit des klägerischen Rechtes erweckt werde [14]). Allein hiemit scheint mir der Hauptpunkt, auf den es eigentlich ankommt, noch gar nicht getroffen zu sein.

---

p. admissum probaveris. Da diese Worte sehr deutlich sprechen, so haben sie den Freunden der **semiplena probatio** von jeher viel Schwierigkeit gemacht.

13) Schon **Bartolus** sagt, (ad l. 1. C. quor. b. §. 3.) mit Berücksichtigung der in voriger Note angeführten Stelle, es sei z. B. nur die **quasi possessio filiationis** zu beweisen, §. 10. das Interdict sei daher viel nützlicher als die **her. pet.**, indem bloß **summaria cognitio** und **semiplena probatio** erfordert werde. Wenn die Gloſſe sage, hier müsse auch **plene** bewiesen werden, so widerspreche sie sich selbst. Es sei dies aber so zu verstehen: der Beweis bei der Agnition der b. p. sei noch summarischer, und im Gegensatz dazu konnte man den beim Interdict schon plena nennen, der dann aber doch im Verhältniß zur her. pet. nur summarisch sei! Als Grund wird angegeben, daß **ista causa sit modici praejudicii**, und man Alles ja noch genauer im Erbschaftsstreit kennen lerne. — Ganz ähnlich ist **Raphael Fulgosius** ad l. 1. C. quor. bon. §. 6. ad Rubr. C. quor. bon. §. 4. s. auch **Baldus** ad l. 1. C. quor. bon. **Schneidewinus** l. c. §. 45. — Zu den Gegnern dieser Ansicht gehört namentlich **Menoch** §. 96., welcher mit Ripa und **Salicetus** annimmt, da bei den Interd. **recuper. poss.** voller Beweis nöthig sei, so müsse dies auch für die **adipiscendae** angenommen werden. — Es ist nicht nöthig, alle die folgenden Schriftsteller, jenachdem sie der einen oder anderen Ansicht sind, hier aufzuzählen.

14) Ganz richtig stellen **Cinus** ad C. quor. bon. und Raph. Ful-

Digitized by Google

Man hat irrthümlich die Sache immer so gefaßt, als wenn der Kläger alle zur Begründung seines Erbrechts nöthigen Thatumstände, ebenso wie sie zur **her. pet.** gehören, nachzuweisen habe, und der Unterschied nur sei, daß er sie bei der **her. pet.** vollständig, dagegen beim Interdicte bloß zur Hälfte darzuthun habe. Ich will hier nicht weiter ausführen, wie schwierig und practisch undurchführbar dieser Begriff der **semiplena probatio** ist. Es genügt zu bemerken, daß wir davon im Römischen Rechte beim **Int. quor. bon.** gar keine Spur entdecken können. Vielmehr finden wir hier ganz etwas Anderes, das, wie mir scheint, eine viel natürlichere und practisch brauchbarere Regel enthält.

Jedes Erbrecht stützt sich auf eine oft sehr große Reihe einzelner Voraussetzungen. Ich habe nun in den früheren Untersuchungen nachgewiesen, daß diese zur Zeit der klassischen Juristen in die zwei Klassen der bedingenden und vernichtenden Beweise zertheilt waren, d. h. nur einzelne Punkte aus der ganzen Zahl der Voraussetzungen wurden herausgehoben, diese ließ sich der Prätor bei Agnition der **b. p.** beweisen, und danach ward der Erbittende, mit Uebergehung der übrigen Punkte, als der wahrscheinlich Berechtigte präsumirt. Der Unterschied war nur, daß bei der **sec. tab.** aus besonderen Gründen dieser herausgehobene „bedingende Beweis“ ein für allemal im Edict fest bestimmt war, während dies bei den übrigen Klassen dem Ermessen des Prätors im einzelnen Fall überlassen blieb. Ich habe aber bei jeder einzelnen Klasse nachgewiesen, welche Punkte wir uns ungefähr in dem Kreise dieser bedingenden Beweise zu denken haben, wobei denn noch zu berücksichtigen ist, daß diese Beweise wenn es dem Prätor passend schien auch noch ganz suspendirt und der Beurtheilung des **judex** im Interdictenproceß überlassen bleiben konnten [15]). So war z. B. bei der **c. t. b. p.** ein Hauptpunkt, der schon bei der Agnition oder wenigstens im nachfolgenden Proceß vom Kläger bewiesen werden mußte,

---

gosius (ad l. 1. C. q. b.) das Princip auf: fidem judici faciendam.

15) s. Bd. I. S. 391.

Digitized by Google

das Kindesverhältniß zum Erblasser [16]). Und hier liegt nun nicht der geringste Grund vor, daß über diesen Punkt nicht ein wahrer Beweis, wie ihn die Römischen Beweisregeln überhaupt forderten, habe erbracht werden müssen.

Gegen den Kläger konnten dann vom Gegner die vernichtenden Beweise vorgebracht werden, und dies war nöthig, da die b. p. ja in der klassischen Juristenzeit gar nicht bloß zur Verleihung eines interimistischen Besitzes diente. Dagegen waren allerdings alle Behauptungen des Beklagten, welche darauf ausgingen, daß er heres sei, abgesehen von geringen Ausnahmen unzulässig. In der späteren Kaiserzeit haben wir nun dies sich dahin umgestalten sehen, daß das Interdict sich jetzt lediglich auf Herstellung eines interimistischen Besitzes beschränkte, daß die Gegenbehauptung des heres-Sein zugelassen wurde, aber nun der Richter nur über die Wahrscheinlichkeit der Behauptungen des Klägers und des Beklagten entschied. Sollen wir nun glauben, die Beweisart der *klägerischen* Behauptungen sei dadurch verändert? Ich sehe nicht den mindesten Grund. Das was früher bei der Agnition geschah, war in den Interdictenproceß hinübergeschoben, was der Prätor sich reservirt hatte, war jetzt dem Richter überlassen. Daß der Richter es in ganz anderer Weise ausgeübt habe, ist schon in sich selbst unwahrscheinlich, ja es wird direct dadurch widerlegt, daß die Compilatoren es für passend fanden, die in Note 12 citirte Stelle unverändert aufzunehmen.

Wir können also allerdings sagen, daß im Interdictenproceß über die Wahrscheinlichkeit entschieden wird, und es für den Kläger nur der Bescheinigung seines Erbrechts bedarf, aber wir dürfen dies nicht so verstehen, daß über alle Voraussetzungen des Erbrechts ein halber Beweis zu liefern wäre, sondern der Richter hat nach vernünftigem Ermessen einen oder mehre Hauptpunkte zum Beweise auszuwählen, welche genügen, um die Wahrscheinlichkeit des klägerischen Erbanspruches daraus zu schließen, es muß, was überhaupt von den Lebens- und Verwandtschaftsverhält-

16) s. oben §. 98. a. E. fr. 8. §. 12. de b. p. c. t. „Ut autem admittantur ad b p., ex liberis eos esse oportet. Ebenso die Note 12 citirte Stelle: non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse — probaveris.

Digitized by Google

ten des Erblassers so wie des Erbprätendenten bekannt ist, bei berücksichtigen. In dieser Hinsicht gilt das oben (Text Note 14.) Gesagte, daß der Richter in Beziehung auf das, as er einstweilen als richtig voraussetzen und was er umgekehrt zum Beweise verstellen soll, durchaus nicht an die prozessualischen formellen Beweisregeln, und namentlich nicht an en Satz: **quod non est in actis, non est in mundo** gebunden sein kann. Wir müssen nothwendig, wenn der Einsatz ne vernünftige Gestaltung haben soll, ihn als ein Institut betrachten, in dem der Richter zum Zweck einer umsichtigen Erbschaftsregulirung mit passender Berücksichtigung der Umstände selbständiger und nicht als ein Sclave der Akten eingreifen kann. Darf er ja doch nach freiem Ermessen den Gütern einen Curator setzen, oder sie sequestriren, und entscheidet er ja auch, wie ich vorher gezeigt habe, durch letztere Verfügung **implicite** über die Unzulässigkeit des Einsatzes. So muß denn auch umgekehrt bei der Zulassung des Einsatzes seine Thätigkeit dieselbe sein. Man muß bedenken, daß es sich hier nicht um ein von bestehendes, und vom Gegner verletztes Recht, sei es auch nur des Besitzes handelt. Das ganze Institut ruht nur auf dem Grunde, daß man es für passend hält, ehe über das Erbrecht entschieden wird, demjenigen durch richterliche Machtvollkommenheit zum Besitze zu verhelfen, welcher die Wahrscheinlichkeit für sich hat, und einem eigenmächtigen Besitzergreifer gegenübersteht (§. 145.). Es ist kein Proceß über ein verletztes Recht, sondern es ist ein Verfahren, was sich daraus gestaltet, daß rathsamer Weise die Erbschaftsregulirung, auch abgesehen von den eigentlichen Processen über das Erbrecht, unter richterlicher Oberaufsicht stehe. So muß denn auch der Richter befugt sein, seine eigenen Kenntnisse von der Lage des Erbfalls walten zu lassen. Er muß z. B. wenn verschiedene Personen aus mehren hintereinanderstehenden Klassen der Intestatsuccessionen auftreten, den entfernteren Klassen die Klage von vorn herein denegiren, und nur der nächsten Klasse das Interdict gegen den Besitzer zugestehen dürfen, sobald die Wahrscheinlichkeit für die erste Klasse spricht. Mag dann auch in Wahrheit diese erste Klasse unberechtigt sein, etwa weil sich die Unterschiebung eines vermeintlichen Kindes darthun läßt. Der sol-

Digitized

genden Klasse geschieht wahrlich kein Unrecht, wenn man sie auf die Anstellung der **ber. pet.** verweist. Ebenso muß der Richter, wenn sich etwa ein entfernter Cognat meldet, und es bekannt ist, daß der Erblasser Kinder hinterlassen hat, befugt sein, ehe er das Interdict gegen den dritten Besitzer zuläßt, die Kinder zu laden, um Auskunft zu erhalten, ob sie sich der Erbschaft annehmen wollen. Und falls dies bejaht und von den Kindern der Einsatz verlangt wird, so darf das Gesuch des Cognaten sogleich abgeschlagen werden [17]).

Das sind einzelne Beispiele, deren sich leicht noch viele aneinanderreihen ließen, und in denen allen die Antwort, wie ein umsichtiger Richter zu verfahren habe, wenig Bedenken hervorrufen kann. Es fragt sich nur noch, ob das große **arbitrium**, das wir hier dem Richter vindiciren, eine passende Rechtsgestaltung genannt werden könne. Jedenfalls würde, auch wenn wir dies verneinten, daraus kein Grund hervorgehen, daß das Institut des Einsatzes *in unserem* heutigen Rechte anders bestände, als ich es bisher geschildert habe. Es könnte daraus nur folgen, daß es wünschenswerth sei, das Institut umzugestalten. Aber auch dies muß ich läugnen. Wenn wir es überhaupt für brauchbar halten (§. 145.), so werden wir es, glaube ich, unbedenklich in dieser durch positive Rechts-Vorschriften nur ganz dürftig normirten Gestalt lassen dürfen. Es ist nicht nöthig, dem Richter durch den formellen Buchstaben des Gesetzes in aller Weise die Hände zu binden. Es ist nicht einmal möglich, über diesen eigenthümlichen Begriff der Wahrscheinlichkeit des Erbrechts (abgesehen von den Testamenten) eine brauchbare allgemeine Regel zu geben. Wir dürfen doch wohl unseren Richtern so viel trauen, daß sie vor blinder regelloser Willkühr sich zu bewahren vermögen. Es giebt Rechtsgebiete, in denen der Buchstabe des Gesetzes mehr schadet als nützt, und bei denen wir, wenn das Institut nicht todt oder schädlich sein soll, in gewissen Gränzen dem Richter freie Bewegung verstatten müssen.

---

17) Aehnlich wie der Prätor, wenn er wußte, daß scripti heredes die Erbschaft schon angenommen hatten, der folgenden Klasse gar kein b. p. mehr ertheilte. Bd. I. S. 237.

Digitized by Google

§. 194. — 8. Es ist jetzt noch ein letzter Punkt kurz zu erwähnen. Man hat von jeher angenommen, daß das Verfahren eine **summaria cognitio** sein müsse, und nach dem ganzen Wesen des Einsatzes versteht sich dies von selbst. Weiter aber auch steht hier nichts fest, und wenn nun nach den allgemeinen Regeln des summarischen Processes der Streit heutzutage doch oft so lange dauert, daß der Zweck desselben ganz verfehlt wird, so tragen davon weniger unsere Proceßzustände überhaupt die Schuld, deren Umgestaltung wir daher hier nicht erst abzuwarten brauchen. Es ist vielmehr die Verkennung des Wesens dieses einzelnen Instituts, das in sich selbst der Anzeigen genug trägt, wie der Richter es zu behandeln habe, und sobald man dies nur erfaßt, so ist auch jetzt schon der Richter befugt, das Verfahren ihm entsprechen zu lassen. Man hat das **Int. quor. bon.** mit den **Interdicta retinendae** und **recuperandae possessionis** als gleichartig zusammengestellt. Allerdings ist dies soweit richtig, als es sich auch in ihm **de possessione** handelt, aber im Uebrigen stehen sie auf practisch ganz verschiedener Stufe. Das **adipisci** der **possessio** ist im Allgemeinen nur dem möglich, der das Recht auf den geforderten Gegenstand nachweist. Soll Jemand auch ohne das dazu befugt sein, so muß sich das immer auf ganz singuläre Gründe stützen. Solche sind in der That im Erbrecht vorhanden, aber man muß nun auch immer festhalten, daß hier kein Streit um ein Recht selbst vorliegt, also auch kein gewöhnlicher Proceß. Der Einsatz ist kein Streit um das Erbrecht, auch nicht einmal um den Besitz des Erbrechts (denn den giebt es gar nicht mehr), es ist vom Beklagten gar kein schon bestehendes Recht des Besitzes verletzt worden. Der Einsatz ist eine mehr polizeiliche Maaßregel des Richters, und will man ihn daher mit einem anderen Institut vergleichen, so soll man ihn mit dem **possessorium summariissimum** zusammenstellen [1]). Auch hier haben wir „einen Proceß, dessen Leben nur nach Tagen, höchstens nach Wochen berechnet werden darf.“ Und wenn wir eine **missio Hadriana** oder ein **Int. quor. bon.** sich durch lange Jahre und alle drei Instanzen hindurchschlep-

1) Savigny Besitz (6. Ausg.) S. 651. ff.

Digitized by Google

pen sehen, so ist das ein Unwesen, dem jeder vernünftige Richter, der mit falscher Praxis keinen „unverzeihlichen Götzendienst" treibt, wo er kann, entgegentreten muß. Ebenso wie beim **summariissimum** der höhere Richter die eingelegte Appellation ohne Weiteres zurückweisen muß, wie man dabei auch nicht einmal die Appellation mit Versagung des Suspensiveffectes zulassen darf, so sollte das auch hier geschehen.

Der Mißbrauch, daß man Appellationen zugesteht, ist beim Einsatz um so größer, weil man wenigstens in Beziehung auf die **missio**, die immer der practisch häufigste Fall ist, dem Römischen Rechte, das man doch im Uebrigen befolgt, direct entgegenhandelt [2]). Aber man wird einwerfen, daß wenigstens beim Interdicte die Appellation nicht verweigert werden könne, weil Justinian das frühere Verbot nicht aufgenommen habe? Als wenn das Fehlen jener Stelle (§. 146.) in einer so stiefmütterlich behandelten Lehre, wie sie das Interdict entschieden ist, schon einen sicheren Beweis *abgäbe*, daß Justinians Wille wirklich auf Aenderung des bisherigen Rechtes gerichtet war! Und von jeher hat man in Deutschland bei anderen Punkten Schlüsse von der **missio** auf das Interdict gezogen, hat beide Institute immer als gleichartig behandelt, und nun soll es hier in dieser einen Frage, weil der Buchstabe des Gesetzes fehlt, anders sein, während man doch schon nach dem Wesen des Institutes auch ohne alles gesetzliche Verbot der Appellation sie ebenso wenig als beim **summariissimum** zulassen sollte [3]).

---

2) fr. 7. de appell. recip. l. 6. C. quor. appell. non recip. (7. 65.). S. Bayers Summar. Proceß §. 70. Note 8. — Es ist ein crasser Mißbrauch, denn in der Literatur ist immer auch mit dem Bewußtsein eines vernünftigen Grundes (quod possessorium summarium est, ideo appellationem non admittit. Mevius II. decisio 252) die Appellation für unzulässig erklärt worden.

3) Mit Recht hat sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller gegen die Appellation beim **Int. quor. bon.** aus demselben Grunde wie bei der **missio** erklärt. Bartolus ad l. 1. C. quor. *bon.* §. 13. („quia est quodammodo quaestio momentaneae possessionis") Raphael Fulgosius ad Rubr. C. q. b. §. 4. mit Berufung auf l. un C. si de momentanea poss. (7. 69.). Cinus ad tit. C.

Digitized by Google

Das Recht des Einsatzes ist hiermit dargestellt. Wir ha- en also in der That noch heutzutage jenes possessorische in- erimistische Element, welches durch die b. p. für den **heres** ingeführt worden war. Das Recht des Einsatzes steht in ge- isser Weise auf gleicher Stufe mit jenen besonderen Fällen er interimistischen Einweisung, von denen früher die Rede ewesen ist, nämlich der b. p. **Carboniana, furiosi nomine,** nd der **missio ventris nomine.** In gewisser Weise kann an noch dazu zählen die einstweilige Besitznahme der Erb- chaft von Seiten des unter einer Bedingung eingesetzten Er- en, nur daß hier, weil überhaupt die Agnition der b. p. inweggefallen ist, die richterliche Mitwirkung (ebenso wie bei er **cautio Muciana**) gar nicht als eine Nothwendigkeit er- cheint. Obgleich dies nun allerdings bei jenen anderen drei nstituten der Fall ist, so dürfen sie doch im Uebrigen mit em Rechte des Einsatzes keineswegs als ganz gleichartig zu- ammengeworfen werden. Die Rechte, welche der immittirte **enter, impubes,** und **furiosus** in Beziehung auf die Erb- chaft haben, sind schon unter sich nicht gleichartig, sie erklären ch aus der Eigenthümlichkeit jedes dieser Fälle. Das Ge- einsame aller drei Fälle ist aber, daß sie sich mehr auf die **ereditas** als **universitas** beziehen, und alle Theile der Erb- chaft, keineswegs bloß die **corpora hereditaria,** zum Gegen- ande haben. Sie sind mehr dem alten Rechtsverhältniß der . p. **sine re,** so lange der **heres** die Erbschaft noch nicht vincirt hatte, ähnlich, und es leidet keinen Zweifel, daß hier

---

quor. bon. §. 4. und ad l. un. C. si de mom. poss. Der Grund dieses Satzes sei, daß die Processe nicht übermäßig verlängert wer- den dürften, namentlich die possessorischen, aus denen ein gravamen stets in petitorio wieder gut gemacht werden könne. **Salicetus** ad l. 1. C. quor. bon. („Oppo. sexto" und in fine). **Friderus Mindanus** l. c. §. 75. **Wesenbecius** ad tit. quor. bon. (Dagegen Hahn ad Wesenbec. erklärt sich für die Appellation). **Schneidewinus** l. c. §. 42. **Müller** ad Struvium ad tit. quor. bon. §. 18. sagt wenigstens, regelmäßig könne wie von allem possessorio momentaneo seu summariissimo nicht appellirt wer- den, während dies **Brunnemann** ad C. h. t. ratione effectus devolutivi limitire. Andere (z. B. **Lauterbach** ad tit. quor. bon. §. 10.) läugneten wenigstens den Suspensiveffect.

Digitized by Google

auch noch für den interimiſtiſch Eingewieſenen utiles actiones (activ und paſſiv, dingliche und perſönliche) vorkommen können [4]).

Aber ebenſo wenig iſt es auch einem Zweifel unterworfen, daß dieſe Nebeninſtitute, die, auf eigenthümlichen ſingulären Gründen ruhend, ihre ſelbſtändige Natur haben, nicht dazu benutzt werden können, um dadurch das Recht des Einſatzes, welches ein allgemeines aller regelmäßigen Erbklaſſen iſt, analogiſch zu erweitern. Daß daſſelbe nur auf die corpora hereditaria gerichtet iſt, darf wohl als unbedenklich angenommen werden [5]), und ſo gilt denn auch für unſer heutiges Recht was ich im §. 147. über den Unterſchied des neueren poſſeſſoriſchen Elementes von der alten b. p. sine re, und über die Stellung des Eingeſetzten bei Allem, was über die corpora hereditaria hinausgeht, entwickelt habe [6]). Es bedarf wohl keiner weiteren Auseinanderſetzung, daß für uns kein practiſches Bedürfniß vorliegt, von dieſem engeren Kreiſe wieder zu jener vollen interimiſtiſchen Univerſalſucceſſion der b. p. sine re zurückzukehren.

---

4) fr. 4. de Carbon. ed. — possessoriis actionibus utetur, sed si post pubertatem contra eum judicatum fuerit, denegabuntur ei actiones ſ. §. 170. Nr. 2.

5) ſ. §. 162. Note 2. §. 139. u. §. 49.

6) Vgl. auch §. 151.

Digitized by Google

Quellenregiſter.

I. Vorjuſtinianeiſche Quellen.

1. Cicero

pro Cluentio. c. 13. 14. (I. 163.)
c. 15. (II. a. 22.)
c. 60. (II. a. 21.)
pro Milone c. 18. (I. 163.)
pro domo. c. 51. (I. 14.)
pro Caecina. c. 8. (I. 129.)
c. 13. (I. 343.)
c. 26. (I. 159.)
in Verrem. II. 1. 19. §. 50. (I. 163.)
II. 1. 41—45. (I. 106.)
II. 1. 43. (I. 6.)
II. 1. 44. (I. 87. II. b. 89.)
II. 1. 45. (I. 97.)
II. 1. 44—46. (I. 122. ff.)
II. 1. §. 93. 119. 120. 125. 137. (I. 335.)
II. 2. 13; 3. 13. (I. 132.)
de republica. III. 10. (I. 106.)
de legibus II. 19. (I. 13. 27. 42 ff.)
II. 21. (I. 12.)
II. 22. (I. 16.)
II. 23. (I. 16.)
ad Atticum VI. 1. §. 12. (I. Einl. S. XXVIII. I. 124. II. b. 47.)
XIII. 46. (II. b. 120.)
XIII. 46. 47. (II. b. 123.)
ad divers. XIII. 28. (I. 233.)
XIII. 30. (II. b. 18.)
Topica. c. 4. (II. b. 105.)
Or. part. c. 28. (II. a. 14.)
Invention. II. 42. (I. 129.)
de Haruspic. resp. c. 7. (I. 249.)

2. Livius.

I. 20. (I. 16.)
V. 22. (I. 244.)

3. Varro.

de ling. lat. VI. 81. (II. b. 120.)
de re rust. II. 20. 4. (I. 250.)

4. Festus.

v. nuncupata. (I. 147.)
v. postliminium. (I. 244.)
v. priv. feriae. (I. 14. 15.)
v. publica sacra. (I. 10.)
v. sacer mons. (I. 14.)

5. Lex Rubria.

II. 18. (I. 129.)

6. Valerius Maxim.

VII. 7. §. 6 u. 7. (I. 140.)
VII. 7. §. 6. (II. b. 168.)
VII. 7. §. 7. (II. a. 312.)

7. Quintilian.

Declam. 308. (I. 164.)

8. Suetonius.

in vit. Caes. 2. (I. 207.)
in vit. Aug. c. ult. (I. 164.)
in vit. Horat. c. ult. (I. 153.)
in vit. Calig. c. 38. (I. 154.)
in vit. Ner. c. 4. (I. 164.)
in vit. Ner. c. 17. (I. 165.)

9. Gellius

Noct. Attic. V. 19. (I. 159.)

10. Gaius.

I. 55. (II. b. 48.)
I. 165. (I. 159.)
II. 7. (I. 277.)
II. 16. (II. b. 76.)
II. 17. (I. 169.)
II. 19. (I. 254.)
II. 25. (I. 253.)
II. 28. (I. 254. 262.)
II. 35. (I. 106. 110.)
II. 40. (I. 241. 277.)
II. 40. 41. (I. 266.)
II. 41. (I. 252. 270.)
II. 49. (I. 9.)
II. 51. (I. 9.)
II. 52. (I. 25. 29. 36.)
II. 52—56. (I. 105.)
II. 53. 54. (I. 20.)
II. 54. (I. 23. 39. 289.)
II. 55. (I. 10. 19. 24. 40. 287.)
II. 57. (I. 36. 40. 101. 231.)
II. 58. (I. 30.)
II. 60. (I. 299.)
II. 64. (I. 377.)
II. 65. (I. 251.)
II. 66. (I. 252.)
II. 66—80. (I. 242.)
II. 69. (I. 246.)
II. 79. (I. 247.)
II. 102 ff. (I. 146.)
II. 102. (I. 298.)
II. 103. (I. 148. 149. 169. 298.)
II. 104. (I. 154. 169. II. b. 107.)
II. 107. (I. 168.)
II. 115—122. (II. a. 268.)
II. 117. (II. a. 268.)
II. 118. (II. a. 268.)
II. 118—122. (II. a. 278.)
II. 119. (I. 187. 189. II. a. 268. 270. II. b. 88. 108.)
II. 119. 120. (I. 144. II. b. 18.)
II. 120. (II. a. 251. 293. II. b. 95.)
II. 121. (II. a. 268.)
II. 121. 122. (II. a. 294.)
II. 122. (II. a. 268.)
II. 123. (II. a. 41. 57. 58. 79. 278. 288.)
II. 124. (II. a. 42.)
II. 124. 125. (II. a. 79. 85. 235.)
II. 125. (II. a. 115.)
II. 126. (II. a. 111.)
II. 127—129. (II. a. 80.)

Gaius.

II. 130—134. (II. a. 69. 78.)
II. 130—143. (II. a. 275.)
II. 132. (II. a. 234. 238. 241.)
II. 134. (II. a. 241.)
II. 135—137. (II. a. 108.)
II. 137. 138. (II. a. 228.)
II. 140. (II. a. 223. 229.)
II. 140. 141. (II. a. 222.)
II. 143. (II. a. 223. 226.)
II. 144. (II. a. 275.)
II. 145. (II. a. 270.)
II. 146. (II. a. 265. II. b. 31.)
II. 147. (I. 172. 178. 181. 198. II. a. 255. 271. 272. II. b. 85. 303.)
II. 147. 148. (II. a. 68.)
II. 147—149. (II. a. 254.)
II. 148. (II. a. 256.)
II. 148. 149. (I. 239.)
II. 149. (II. a. 268. 270. II. b. 101.)
II. 151. (II. a. 254.)
II. 157. (I. 6.)
II. 158. (II. a. 281.)
II. 164. (I. 18.)
II. 165. (I. 65.)
II. 167. (II. a. 322. II. b. 76. 121. 125. 260. 265.)
II. 170. (I. 18.)
II. 174. (I. 18.)
II. 176. (II. b. 77.)
II. 177. (I. 67.)
II. 178. (I. 19. II. b. 123.)
II. 226. (I. 48.)
II. 242. (II. a. 221.)
II. 253. (II. b. 33.)
III. 9. (I. 109. 209.)
III. 11. (I. 118. 208.)
III. 12. (I. 110.)
III. 13. (I. 120.)
III. 17. (I. 109. 209.)
III. 25. (II. a. 17. 35.)
III. 26. (II. a. 35.)
III. 27. (I. Einl. S. XV. II. a. 246.)
III. 28. (I. 202.)
III. 32. (I. 73. II. a. 33.)
III. 33. (I. 206. II. a. 12.)
III. 34. (I. 99. 105. II. b. 197. 288.)
III. 35—38. (I. 224.)
III. 36. (I. 238. II. a. 31. 263. II. b. 90. 105.)
III. 37. (I. Einl. S. XVI. II. a. 8. II. b. 70.)
III. 40. 41. (II. b. 43.)
III. 78. (II. a. 321. II. b. 34.)
III. 80. (I. 240. 262. 267.)

Digitized by Google

Gaius

III. 180. (I. 328.)
IV. 16. 17. (I. 128. 242. II. b. 57.)
IV. 17. (II. b. 44.)
IV. 31. (I. 124.)
IV. 34. (I. Einl. S. XXVI. XXXV. — I. 73. 74. 116. 294. 305. 309. 315. 397. 398. II. a. 116. II. b. 36. 48.)
IV. 35. (I. 55. 262. II. a. 321.)
IV. 36. (I. 278. 280.)
IV. 37. (II. b. 49.)
IV. 44. (I. 328.)
IV. 60. (I. 331.)
IV. 92. (I. 245.)
IV. 92—95. (I. 124.)
IV. 111. (I. 294.)
IV. 131. (I. 263.)
IV. 138. 139. (I. 334.)
IV. 140. (I. 335.)
IV. 141. (I. 340.)
IV. 144. (I. 309. 383. 399. II. b. 70. 171.)
IV. 145. 146. (I. 262. 369.)
IV. 147. (I. 382.)
IV. 161. (I. 341.)
IV. 163. (I. 351.)
IV. 164. (I. 342.)
IV. 164. 165. (I. 351.)
IV. 165. (I. 311. 347.)
IV. 166. (I. 341.)

11. Gaius epitom.

II. 1. §. 1. — (I. 26.)

12. Ulpian. Fragm.

XI. 14. (I. 119.)
XIX. 2. (I. 250. 269.)
XIX. 7. (I. 254.)
XIX. 20. 21. (I. 283.)
XX. 2. (I. 169.)
XX. 9. (I. 147.)
XXII. 5. (II. b. 76.)
XXII. 14—23. (II. a. 88.)
XXII. 15. (II. a. 42.)
XXII. 16. (II. a. 41. 67. 86.)
XXII. 17. (II. a. 42. 86.)
XXII. 18. (II. a. 42.)
XXII. 19. (II. a. 221. 226.)
XXII. 20. (II. a. 42.)
XXII. 21. 22. (II. a. 43. 234.)
XXII. 22. (II. a. 238.)
XXII. 24. (I. 30.)
XXII. 25. 26. (II. b. 76.)
XXII. 27. (I. 18.)

Ulpian. Fragm.

XXII. 33. (I. 65.)
XXII. 34. (I. 67.)
XXIII. 2. 3. (II. a. 43. 227.)
XXIII. 3. (II. a. 42.)
XXIII. 6. (I. 172. 178. 189. 239. II. a. 50. 255. 256. 289. II. b. 85. 88.)
XXVI. 1. (I. 115. 119.)
XXVI. 8. (I. 208.)
XXVIII. 6. (I. 189. II. a. 255 267.)
XXVIII. 7. (I. 55. II. b. 43.)
XXVIII. 10—13. (II. b. 76.)
XXVIII. 12. (I. Einl. S. XXVI. — I. 69. 91. 293. 398. II. b. 27. 28. 36.)
XXVIII. 12. 13. (I. 73. II. a. 12. 13. 33.)
XXVIII. 13. (I. 239.)
XXIX. 1. (II. b. 43.)
XXIX. 5—7. (II. b. 13.)
XXIX. 6. (II. b. 42.)
XXIX. 13. (I. 225.)

13. Endlicher's Institutionenfr. v. Ulpian.

— (I. 232.)

14. Paulus recept. sent.

III. 5. §. 1. (II. b. 157.)
III. 5. §. 10. (II. b. 157.)
III. 5. §. 16. (II. b. 155.)
IV. 6. §. 3. (II. b. 155.)
IV. 7. (I. 163.)
IV. 8. §. 21. (II. a. 324.)
IV. 8. §. 23. (I. 208. II. a. 324.)
V. 6. (I. 165.)
V. 25. §. 6. (I. 165.)

15. Vaticana fragm.

§. 92. 93. (I. 364.)
§. 326. (II. b. 481.)

16. Collatio s. Lex Dei.

XVI. 2. (I. 208.)
XVI. 3. §. 1. (I. 114. II. b. 84.)
XVI. 3. §. 3. (II. b. 14.)
XVI. 3. §. 5. (I. 100.)
XVI. 3. §. 6. (I. 6.)
XVI. 3. §. 11. (I. 119.)
XVI. 4. (I. 12. 119.)
XVI. 4. §. 2. (I. 207.)
XVI. 7. §. 2. (II. a. 38. 109.)

17. Consultatio vet. ICti.

VI. (Paul. lib. I. rec. sentent. Bonner Ausg. p. 400.) (II. b. 177.)

Digitized by Google

Consultatio vet. ICti.

VI. Lex Diocl. Bonner Ausg. p. 402. (II. b. 77.)
VI. Lex Diocl. Bonner Ausg. p. 402. (II. b. 97.)

18. Gregorianus Codex.

l. 1. de patr. pot. 13. 1. (II. b. 123.)

19. Theodosianus Codex.

Lib. 2. Tit. 16.
de integr. restitut.
l. 2. §. 4. (II. b. 126.)

Lib. 4. Tit. 1.
de cretione vel bon. poss.
l. un. (I. 63. II. b. 145. 147. 279.)

Lib. 4. Tit. 4.
de testamentis.
l. 1. (II. b. 99.)
l. 2. §. 1. (I. 154. 193.)
l. 3. (II. b. 87. 99.)
l. 7. (I. 193. II. b. 143. 156.)

Lib. 4. Tit. 21.
Quorum bonorum.
l. un. (II. b. 61. 182. 198. 213. 215.)
l. un. pr. (I. 388.)
l. un. §. 1. u. 2. (I. 394.)

Lib. 5. Tit. 1.
de legitim. heredibus.
l. 1. (II. b. 77. 127. 146. 160. 161.)
l. 7. (II. b. 115.)

Lib. 8. Tit. 18.
de maternis bonis.
l. 1. (II. b. 126.)
l. 2. (II. b. 126.)
l. 4. (II. b. 131. 146.)
l. 5. (II. b. 132. 133. 134. 307. 308.)
l. 7. (II. b. 140.)
l. 8. (II. b. 132. 136. 148. 198.)

Lib. 8. Tit. 19.)
de bon. quae fil. fam.
l. 1. (II. b. 140.)

Lib. 9. Tit. 42.
de bonis proscriptor.
l. 9. (II. a. 109.)

Lib. 11. Tit. 36.
quorum appellationes.
l. 22. (I. 385. II. b. 179. 194.)
l. 26. (II. b. 194.)

Lib. 15. Tit. 14.
de infirm. his, quae sub tyrann.
l. 9. (II. b. 215.)

20. Novellen.

Theodos. II. de testam. 16. (II. b. 86. 99. 106.)
Theodos. II. de testam. 16. §. 1. (II. b. 101.)
Valentin. III. de testam. 20. l. (II. b. 86. 99. 107. 148.)
Valentin. III. de testam. 20. l. §. 2 (I. 154. II. b. 102. 144.)
Valentin. III. de testam. 20. l. §. 6. (II. b. 79.)
Valentin. III. de testam. 20. l. (II. b. 154.)
Majoriani tit. 6. §. 11. (II. b. 115.)
Anthemii tit. 3. (II. b. 115.)

21. Edictum Theodorici tit. 28. (II. b. 99.)

22. Breviarium Alaricianum.

Interpretatio ad Paul. rec. sent. III. 5. §. 1. (II. b. 157.)
ad Paul. rec. sent. III. 5. §. 15. (II. b. 158.)
ad leg. 2 Th. C. de int. rest. (II. b. 157.)
ad l. un. Th. C. de cret. vel b. p. (II. b. 156.)
ad l. 1. Th. C. de testam. (II. b. 99.)
ad l. 3. Th. C. de testam. (II. b. 86. 99.)
ad l. 7. Th. C. de testament. (II. b. 157.)
ad tit. Th. C. quor. bon. (II. b. 157.)
ad l. 1. Th. C. de legit. her. (II. b. 157.)
ad Nov. Theod. II. de testam. (II. b. 99.)

23. Lex Romana Burgundion.

tit. 45. de testam. (II. b. 99. 108.)

24. Lex Burgundionum.

tit. 43. (II. b. 99.)

25. Isidori Or.

V. 9. (II. b. 122.)
V. 23. (II. b. 91.)
V. 24. (II. a. 288. II. b. 86. 99. 107. 122.)
V. 25. (II. b. 179. 340.)

Digitized by Google

II. Justinianeische Quellen.

26. Institutionen.

Lib. 1. tit. 12. quib. mod. jus pot. solv.
§. 4. (II. a. 109.)
Lib. 1. tit. 21. de aut. tut.
§. 1. (II. b. 315.)
Lib. 2. tit. 1. de rer. div.
§. 12—18. (I. 255.)
§. 41. (I. 263. 269.)
§. 46. (I. 255.)
§. 47. (I. 258. 272.)
Lib. 2. tit. 10. de testam. ordin. (II. b. 266.)
§. 2. 3. (I. 83. 156.)
§. 3. (I. 157. 167.)
Lib. 2. tit. 13. de exher. lib. (II. a. 88.)
§. 1. (II. a. 229. 241.)
§. 1. 2. (II. a. 69.)
§. 2. (II. a. 237. 241.)
§. 5. (II. b. 268.)
Lib. 2. tit. 14. de hered. inst.
§. 2. (I. 314.)
Lib. 2. tit. 17. quib. mod. test. infirm.
§. 1. (II. a. 228. 229.)
§. 2. (II. a. 228.)
§. 6. (II. b. 303. 304.)
Lib. 2. tit. 19. de hered. qual. et diff.
§. 3. (I. 6.)
§. 5. (II. b. 238. 245. 260.)
§. 6. (II. b. 241.)
§. 7. (II. b. 240. 260.)
Lib. 2. tit. 23. de fideicom. hered.
§. 1. (I. 335.)
§. 10. (II. b. 284.)
Lib. 3. tit. 1. de her. quae ab intest.
pr. (I. 114.)
§. 3. (I. 6.)
§. 7. (I. 113.)
§. 12. (II. a. 89.)
Lib. 3. tit. 2. de legit. agnat. succ.
pr. (II. b. 269.)
§. 3. (I. 86. II. a. 17.)
§. 7. (I. 202. 208. II. a. 17. II. b. 308.)
Lib. 3. tit. 5. de success. cogn.
pr. (II. b. 270.)
Lib. 3. tit. 6. de grad. cogn.
§. 11. 12. (II. b. 270.)

Institutionen.

Lib. 3. tit. 7. de success. libertor.
§. 2. (II. b. 13.)
Lib. 3. tit. 9. de bonorum poss. (II. b. 271 ff.)
pr. (I. 83. II. a. 29. 93.)
pr. u. §. 1. (II. a. 32. 34.)
§. 1. (I. 171. 189. II. a. 4. II. b. 239.)
§. 3. (II. a. 47. II. b. 43. 90.)
§. 6. (II. b. 10.)
§. 7. (II. b. 239.)
§. 8. (I. Einl. S. XXIV. — I. 84. 386. II. b. 238.)
§. 10. (II. b. 119. 153. 239. 248. 249.)
Lib. 3. tit. 17. de stip. serv.
pr. (I. 314.)
Lib. 4. tit. 6. de actionib.
§. 14. (I. 362.)
Lib. 4. tit. 12. de perpet. et temp. act.
pr. (I. 397.)
Lib. 4. tit. 15. de Interdictis.
§. 3. (I. 385. II. b. 171. 281.)

27. Pandekten.

Lib. 1. tit. 1. de just. et jure.
fr. 6. (I. 242.)
fr. 7. §. 1. (II. a. 32. 34.)
Lib. 1. tit. 2. de orig. jur.
fr. 2. §. 5. (I. 112. 159.)
Lib. 1. tit. 7. de adoption.
fr. 31. (I. 5.)
Lib. 1. tit. 12. de offic. praef. urb.
fr. 1. §. 6. (I. 339.)
fr. 1. §. 13. (I. 339.)
Lib. 1. tit. 16. de offic. procons.
fr. 9. §. 3. (I. 329.)
Lib. 1. tit. 19. de offic. procur. Caes.
fr. 1. §. 2. (II. b. 331.)
fr. 2. (II. b. 335.)
Lib. 2. tit. 1. de jurisdict.
fr. 1. (I. 185. II. b. 68.)
— 1. u. 3. (I. 301.)
— 3. (II. a. 33.)
Lib. 3. tit. 5. de negot. gest.
fr. 26. (II. a. 288.)
Lib. 3. tit. 6. de calumniator.
fr. 6. (I. 64.)
fr. 8. (II. b. 8.)
Lib. 4. tit. 1. de in int. rest.
fr. 3. (II. a. 314.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 4. tit. 4. de minorib. vig. quinq. ann.
fr. 30. (II. a. 122.)
Lib. 4. tit. 6. quib. ex caus. majores.
fr. 1. (II. b. 11.)
— 17. (II. b. 35.)
— 19. (I. 330.)
— 28. §. 2. (II. b. 11.)
Lib. 5. tit. 2 de inoff. testam.
fr. 1. (II. a. 128. II. b. 38.)
— 6. pr. (II. a. 97. II. b. 39.)
— 6. §. 1. (II. a. 128.)
— 8. pr. (II. b 40.)
— 8. §. 6. (II. b. 45.)
— 8. §. 10. (II. b. 45.)
— 16. §. 1. (I. 177.)
— 19. (II. b. 41.)
— 20. (II. a. 100. 101. II. b. 40.)
— 25. pr. (II. b. 45.)
— 25. §. 1. (II. a. 128.)
— 31. §. 3. u. 4. (II. b. 45.)
Lib. 5. tit. 3. de hered. petit.
fr. 1. §. 10. (I. 34.)
— 5. §. 2. (I. 311. 393.)
— 10. §. 1. (I. 318.)
— 11. pr. (I. 231. 384. II. b. 232.)
— 12. (I. 311.)
— 13. §. 4—14. (II. b. 208.)
— 13. §. 13. 14. (I. 396.)
— 13. §. 15. (I. 299. 310. 312. II. b. 208.)
— 14. 15. (I. 312.)
— 15. §. 1. (I. 312.)
— 15. §. 3. (I. 313.)
— 16. §. 3. (I. 312.)
— 17. 18. (I. 291.)
— 18. pr. (I. 232.)
— 18. §. 2 (I. 320.)
— 19. pr. (I. 317. 319.)
— 19. §. 1. (II. b. 27.)
— 19. §. 3. (I. 317. 320. II. b. 27. 207.)
— 20. §. 4. (I. 314. 318.)
— 20. §. 6. (I. 231. 324.
— 20. §. 10. (I. 321.)
— 20. § 13. (I. 70. II. b. 34.)
— 25. §. 2. (II b. 231.)
— 25. §. 17. (I. 393.)
— 25. §. 18. (I. 317.)
— 31. pr. (II. b. 230.)
— 31. §. 4. (II. b. 231.)
— 31. §. 5. (I. 232. II. b. 231.)
— 36. pr. (I. 232.)

Pandekten.

Lib. 5. tit. 3. de hered. pet.
fr. 42. (I. 310. 312.)
— 47. (II. a. 265.)
— 51. pr. (II. b. 316.)
— 54. (II. b. 32.)
Lib. 5. tit. 5. de her. pet. poss. (I 399. II. b. 16.)
fr. 1. (II. b. 28. 29.)
— 1. u. 2. (II. b. 25.)
Lib. 5. tit. 6. de fideic. her. pet.
fr. 1. (II. b. 33.)
Lib. 6. tit. 1. de rei vind.
fr. 1. pr. (II. b. 29.)
— 1. §. 2. (I. 159.)
— 56. (I. 299.)
— 66. (I. 219.)
— 68. (I. 318.)
— 72. (I. 282.)
— 80. (I. 365.)
Lib. 6. tit. 2. de Publ. act.
fr. 1. pr. (I. 279.)
— 1. §. 1. (I. 278.)
— 3. §. 1. (I. 279.)
— 7. §. 8. (I. 278.)
— 7. §. 9. (I. 291.)
— 7. §. 11. (I. 279.)
— 7. §. 16. (I. 279.)
— 16. (I. 281.)
— 17.
Lib. 7. tit. 1. de usufruct.
fr. 46. pr. (II. a. 178.)
Lib. 7. tit. 6. si usufr. pet.
fr. 5. pr. (I. 217.)
Lib. 8. tit. 3. de serv. praed. rust.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
— 13. §. 2. (II. b. 30.)
— 23. §. 3. (II. b. 30.)
Lib. 9. tit. 1. si quadrupes.
fr. 1. §. 17. (II. b. 74.)
Lib. 9. tit. 2. ad leg. Aquil.
fr. 43. (I. 314.)
Lib. 9. tit. 4. de noxal. act.
fr. 30. (I. 50.)
— 37. (I. 277.)
— 38. §. 1. (I. 272. 277.)
Lib. 10. tit. 2. fam. herciac.
fr. 2. §. 1. (I. 397.)
— 24. (II. b. 33.)
Lib. 10. tit. 4. ad exhibendum.
fr. 15. (I. 324.)
Lib. 11. tit. 1. de interrog. injure.
fr. 2. (I. 302. II. a. 318.)
— 6. §. 1. (II. b. 203.)
— 9. §. 6. (II. a. 314.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 11. tit. 1. de interrog. injure.
fr. 11. §. 8. (II. a. 288.)
— 12. pr. (I. 235. II. a. 281.)
— 20. §. 1. (I. 365.)
Lib. 11. tit. 3. de servo corrupto.
fr. 13. §. 1. — 14. (II. b. 22.)
Lib. 11. tit. 7. de religiosis.
fr. 5. — 6. (I. 16.)
— 12. §. 4 (I. 91.)
— 14. §. 17. (I. 70. II. b. 34.)
— 31. §. 2. (I. 70.)
Lib. 12. tit. 6. de condict. indeb.
fr. 19. §. 1. (II. b. 202.)
— 26. §. 11. (II. b. 202. 230.)
Lib. 16. tit. 1. ad SC. Vellejan.
fr. 13. §. 1. (I. 379.)
Lib. 17. tit. 1. mandati.
fr. 57. (I. 396.)
Lib. 17. tit. 2. pro socio.
fr. 9. — 10. — 11. (II. a. 158.)
— 63. §. 2. (I. 70.)
— 68. §. 1. (II. b. 23.)
Lib. 20. tit. 1. de pignorib.
fr. 5. §. 1. (I. 377.)
— 14. pr. (I. 378.)
Lib. 20. tit. 2. in quib. caus. pign. tac.
fr. 7. §. 1 (I. 380.)
— 9. (I. 381.)
Lib. 20. tit. 4. qui potiores.
fr. 11. §. 2. (I. 380.)
Lib. 20. tit. 6. quib. mod. pignus.
fr. 5. §. 1. (I. 379.)
Lib. 21. tit. 3. de except. rei vend. et trad. (I. 264.)
Lib. 22. tit. 5. de testibus.
fr. 4. (I. 375.)
— 14. (II. a. 267. II. b. 85. 90.)
Lib. 22. tit. 6. de jur. et fact. ignor.
fr. 1. §. 3. (I. 69.)
— 1. §. 4. (II. a. 317.)
— 2. (I. Einl. S. VII.)
Lib. 24. tit. 3. soluto matrimonio.
fr. 58. (II. b. 35.)
Lib. 25. tit. 4. de inspic. ventre.
fr. 1. §. 1. (I. 339.)
— 1. §. 10. (II. a. 315.)
— 1. §. 15. (II. a. 315.)
Lib. 25. tit. 5. si ventr. nomine.
fr. 1. §. 2. (I. 346.)

Pandekten.

Lib. 26. tit. 2. de testam. tutela.
fr. 1. pr. (II. a. 121.)
— 1. §. 1. (II. a. 121.)
— 4. (II. a. 121.)
— 9. (II. a. 123.)
— 10. §. 2. (II. a. 121.)
— 31. (II. a. 76.)
Lib. 26. tit. 5. de tutor. et curat.
fr. 9. (II. b. 314.)
Lib. 26. tit. 8. de auct. tutor.
fr. 11. (II. b. 313. 314. 315. 316.)
Lib. 27. tit. 9. de reb. eor. qui sub tut.
fr. 14. (II. a. 288.)
Lib. 27. tit. 10. de curator. furios.
fr. 5. (II. a. 322.)
Lib. 28. tit. 1. qui testam. fac. poss.
fr. 19. (I. 185. 187.)
— 21. pr. — 21. §. 1. (I. 154.)
— 22. (I. 167.)
— 22. §. 7. (I. 165.)
— 23. (I. 167. II. a. 265.)
— 25. (I. 154.)
— 30. (I. 167.)
Lib. 28. tit. 2. de lib. et post. (II. a. 89.)
fr. 3. §. 3. (II. a. 288.)
— 3. §. 6 (II. a. 182.)
— 6. pr. (II. a. 224. 229. 230.)
— 6. §. 1. (II. a. 288.)
— 7. (II. a. 38. 279.)
— 8. (II. a. 180. 181.)
— 9. § 2. (II. a. 248.)
— 11. (I. 6.)
— 14. pr. (II. a. 180.)
— 14. §. 1. (II. a. 181.)
— 16. (II. a. 72. 162.)
— 19. (II. a. 171.)
— 22. (II. a. 162.)
— 23. (II. a. 222. 230.)
— 28. §. 1. (II. a. 221. 227.)
— 29. (II. a. 221. 226.)
— 29. pr. (II. a. 236.)
— 29. §. 6. (II. a. 240.)
— 29. §. 12. (II. a. 235. 239.)
— 29. §. 15. (II. a. 221.)
— 30. (II. a. 288.)
— 32. (II. a. 52. 59. 204.)
Lib. 28. tit. 3. de injust. rupt. testam.
fr. 1. (II. a. 57. 265. 270. 288.)
— 2. (II. a. 283. II. b. 101.)
— 3. pr. (II. a. 238.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 28. tit. 3. de injust. rupt. test.
fr. 3. §. 1. (II. a. 237. 242.)
— 3. §. 6. (II. a. 180.)
— 4. — 5. (II. a. 180.)
— 6. §. 12 (II. a. 272.)
— 8. pr. (II. a. 229.)
— 11. (I. 181. 189.)
— 12. (I. 189. II. b. 303.)
— 12. pr. (II. a. 68. 164. 286.)
— 17. (II. a. 50. 124. 164. 167 198. 280.
— 18. (II. a. 222. 224. 230.)
Lib. 28. tit. 5. de hered. instit.
fr. 1. §. 1. (I. 154.)
— 4. pr. (II. a. 163.)
— 9. pr. (I. 180.)
— 9. §. 12. (II. b. 163.)
— 23. (II b. 70. 71. 164.)
— 23. pr. — § 2. (II. a. 323.)
— 23. §. 2. (II. a. 11.)
— 23. §. 3. (II. a. 322. II. b. 337.)
— 23. §. 4. (II. a. 314.)
— 58. (I. 154.)
— 59. §. 4. (II. a. 313.)
— 75. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 6. de vulg. et pup. subst.
fr. 1. §. 1. (I. 67.)
— 16. §. 1. (II. a. 285.)
— 20. (I. 197.)
— 20 §. 1. (I. 154.)
— 22. (II. a. 122.)
— 34. §. 2. (II. a. 121. 188.)
— 35. (II. a. 121. 188.)
— 43. § 2. (II. a. 185.)
Lib. 28. tit. 7. de cond. instit.
fr. 15. (II. a. 163.)
— 28. (II. a. 163.)
Lib. 28. tit 8. de jure deliber. (II. a. 320.)
fr. 1. (II. a. 322.)
— 1. § 1. (II. a. 320.)
— 2. (II. a. 322. 324.)
— 3. (II a. 322. 324.)
— 7. (II. a. 322.)
— 7. pr. (II. a. 320.)
— 7. § 2. (II. a. 320.)
— 8. (II. a. 281.)
— 10. (I. 118.)
Lib. 29. tit. 1. de testam. milit.
fr. 3. (II. a 265.)
— 7. (II. a. 227. 230.)
— 8. (II. a. 227. 230.)
— 15. §. 1. (II. a. 288.)

Pandekten.

Lib. 29. tit. 1. de testamentis
fr. 24. (I. 154.)
— 27. (II. a. 288.)
— 36. §. 3. (II. a. 288.)
Lib. 29. t. 2. de acq. vel om. hered.
fr. 6. pr. — 6. §. 1. (II. b. 331.)
— 6. §. 4. (II. a. 62.)
— 15. (II. a. 62.)
— 16. (II. a. 62.)
— 17. pr. (II. b. 311. 329.)
— 19. (II. b. 311.)
— 22. (II. b. 311. 329.)
— 25. §. 5. (II. b. 330.)
— 25. §. 6. (II. b. 330.)
— 25. §. 8. (II. b. 329.)
— 25. §. 9. (II. b. 329.)
— 25. §. 13. (II. b. 329.)
— 25. §. 14. (II. b. 331.)
— 25. §. 15. (II b. 331.)
— 30. §. 3. — 30. §. 4. (II. b. 311. 330.)
— 30. §. 4. — 30. §. 5. — 30. §. 6. (II. a. 74.)
— 30. §. 8. (II. b. 311.)
— 32. pr. (II. b. 311. 330.)
— 32. §. 2. (II. b. 311.)
— 34. pr. (II. a. 62.)
— 48. (II. b. 332.)
— 51. §. 2. (II. b. 311. 329. 331.)
— 52. pr. (II. b. 247.)
— 54. (II. b. 459.)
— 62. pr. (II. b. 120.)
— 69. (I. 118. II. a. 322. II. b. 126. 461.)
— 70. (II. a. 322. II. b. 461.)
— 70. pr. (I. 118.)
— 72. (II. b. 123.)
— 84. (II. a. 73. II. b. 345.)
— 86. pr. (II. b. 346.)
— 90. pr. (II. b. 329. 337.)
Lib. 29. tit. 3. testam. quemadm. aperiant. (II. a. 316.)
fr. 2. §. 1. (I. 172.)
— 2. §. 4. (II. a. 314.)
— 2. §. 8. (I. 338.)
— 4. — 5. (I. 338.)
— 8. (II. a. 314.)
Lib. 29. tit. 4. si quis omiss. caus.
fr. 1. §. 7. (I. 110. II. a. 281.)
— 6. §. 3. (II. a. 314.)
— 23. (II. a. 187.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 29. tit. 5. de SC. Silan.
fr. 3. §. 30. (II. b. 346.)
Lib. 29. tit. 7. de jure codicill.
fr. 8. §. 3. (II. a. 290.)
— 20. (I. 154.)
Lib. 30. de legatis I.
fr. 1. (II. b. 24.)
— 87. (II. a. 281.)
— 89. (II. a. 281.)
— 126. pr. (II. a. 122. 147.)
Lib. 31. de legatis II.
fr. 28. (II. b. 44.)
— 48. §. 1. (II. b. 316.)
— 77. §. 29. (II. a. 145.)
— 80. (I. 369.)
— 81. (II. a. 288.)
Lib. 32. de legatis III.
fr. 40. pr. (II. b. 74.)
— 103. §. 2. (II. a. 188.)
Lib. 33. tit. 2. de usu et usufr. leg.
fr. 29. (II. a. 314.)
Lib. 33. tit. 5. de optione leg.
fr. 6. (II. a. 314.)
— 8. (II. a. 314.)
— 13. §. 1. (II. a. 314.)
Lib. 34. tit. 9. de his, quae ut ind.
fr. 1. (II. a. 122.)
— 2. pr. } (II. a. 122.)
— 2. §. 1. }
— 5. §. 1. (II. a. 267. 317. II. b. 30.)
Lib. 35. tit. 1. de cond. et dem.
fr. 83. (II. a. 288.)
Lib. 36. tit. 1. ad SC. Trebell.
fr. 6. §. 3. (II. b. 35.)
— 27. §. 12. (II. a. 161.)
— 35. (II. b. 319.)
— 59. pr. (I. 379.)
— 63. §. 14. (II. b. 346.)
— 65. pr. (II. b. 331.)
— 65. §. 2. (II. a. 314.)
— 65. §. 3. (II. b. 314. 322. 334.)
— 67. §. 1. } (I. 353.)
— 67. §. 2. }
Lib. 36. tit. 4. ut in poss. legator.
fr. 5. §. 5. (II. a. 310. 314.)
— 5. §. 27. (I. 339.)
— 12. (II. a. 310. II. b. 324.)
Lib. 37. tit. 1. de bon. poss.
fr. 1. (I. 73. 293. II. b. 227.)
— 2. (I. 294. II. b. 227.)
— 3. pr. (I. 75.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 1. de bon. poss.
fr. 3. §. 1. (I. Einl. S. XXXV. — I. 221. 291. 292. 397. II. a. 33. II. b. 163.)
— 3. §. 2. (I. Einl. S. IX. XII. — I. 397. II. b. 175.)
— 3. §. 4. (II. b. 250. 324.)
— 3. §. 7. (I. 235. II. b. 331. 332.)
— 3. §. 8. (II. a. 310.)
— 6. §. 1. (II. a. 32. 33. 109. 243. II. b. 13.
— 7. (I. 176.)
— 7. pr. (II. a. 315.)
— 7. §. 1. (II. b. 314.)
— 8. (II. b. 314.)
— 9. (II. b. 24.)
— 11. (II. b. 314.)
— 12. pr. (II. b. 317.)
— 14. (I. 182. II. a. 307.)
— 15. (II. a. 312.)
— 16. (II. b. 157. 332.)
Lib. 37. tit. 2. si tab. test. exstab.
fr. un. (II. b. 307.)
Lib. 37. tit. 3. de b. p. furioso, infant. dat.
fr. 1. (II. a. 103. 300. II. b. 314. 315. 316. 320.)
— 2. (II. b. 321.)
Lib. 37. tit. 4. de b. p. contra tab.
fr. 1. pr. (II. a. 37.)
— 1. pr. — §. 6. (II. a. 84.)
— 1. §. 1. } (II. a. 67.)
— 1. §. 2. }
— 1. §. 6. (II. a. 37. 39.)
— 1. §. 8. (II. a. 159.)
— 3. pr. (II. a. 108.)
— 3. §. 5. (II. a. 109.)
— 3. §. 9. (II. a. 108.)
— 3. §. 10. (II. a. 68. 160.)
— 3. §. 11. (II. a. 138. 160. 215.)
— 3. §. 12. (II. a. 164. 216.)
— 3. §. 13. (II. a. 164. 166.)
— 3. §. 14. (II. a. 166.)
— 3. §. 15. (II. a. 161. 216.)
— 3. §. 16. (II. a. 122. 217.)
— 4. pr. (II. a. 126. II. b. 46.)
— 4. §. 1. (II. a. 68. 154. 248.)
— 4. §. 2. (II. a. 85.)
— 4. §. 3. (II. a. 69. 166. 204. 345.)
— 5. (II. b. 346.)
— 6. pr. (II. a. 108.)
— 6. §. 1. (II. a. 108. 154.)
— 6. §. 2. (II. a. 108.)
— 6. §. 4. (II. a. 108.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 37. tit. 4. de b. p. contra tab.
fr. 7. (II. a. 108.)
— 8. pr. (II. a. 120. 160. 193.)
— 8. §. 1—10. (II. a. 120.)
— 8. §. 1. (II. a. 173. 215.)
— 8. §. 3. } (II. a. 173.)
— 8. §. 4. }
— 8. §. 5. (II. a. 161. 174. 176. 180—183. 198. 212.)
— 8. §. 11. (II. a. 148. 216. 232.
— 8. §. 12. (II. a. 148. 218. II. b. 494.)
— 8. §. 13. (II. a. 149.)
— 8. §. 14. (II. a. 113. 141. 147. 186.)
— 9. (II. a. 149.)
— 10. pr. (II. a. 149.)
— 10. §. 1. (II. a. 149.)
— 10. §. 2. (II. a. 150.)
— 10. §. 3. (II. a. 149. 217.)
— 10. §. 4. (II. a. 148.)
— 10. §. 5. (II. a. 120.)
— 10. §. 6. (II. a. 142.)
— 11. pr. (II. a. 149. 217.)
— 11. §. 1. (II. a. 113.)
— 12. pr. (II. a. 157.)
— 12. §. 1. (II. a. 285.)
— 13. (II. b. 30. 31.)
— 13. pr. (II. a. 116. 120.)
— 13. §. 1. (II. a. 129. 158. 249.)
— 13. §. 2. (II. a. 159.)
— 14. (II. a. 115.)
— 14. pr. (II. a. 122. 143. 187.)
— 14. §. 1. (II. a. 108. 309. II. b. 344.)
— 15. (II. a. 30. 217.)
— 16. (II. a. 108.)
— 18. (II. a. 172.)
— 18. §. 1. (II. a. 122.)
— 19. (I. 177. II. a. 60. 126. 198. 213.)
— 20. (II. a. 191.)
— 20. pr. (II. a. 129. II. b. 40.)
— 20. §. 1. (II. a. 52. 243.)
— 21. pr. (II. a. 108.)

Lib. 37. tit. 5. de legat. praest.
fr. 1—3. (II. a. 127.)
— 1. pr. (II. a. 128. 130.)
— 1. §. 1—3. (II. a. 129.)
— 2. (II. a. 129.)
— 3. pr. (II. a. 128.)
— 3. §. 2. (II. a. 130.)
— 3. §. 7. (II. a. 176.)
— 4. (II. a. 120. 308.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 5. de legat. pra
fr. 5—8. (II. a. 134.)
— 5. (II. a. 127.)
— 5. pr. (II. a. 121. 188.
— 5. §. 1. (II. a. 188.)
— 5. §. 2. (II. a. 122. 12
— 5. §. 3. (II. a. 129. II. b.
— 5. §. 4. (II. a. 122.)
— 5. §. 6. (I. 151. II. a. 1
— 5. §. 7. (II. a. 131.)
— 5. §. 8. (II. a. 130. 132.)
— 6. (II. a. 131.)
— 7. (II. a. 130. 131.)
— 8. pr. (II. a. 131.)
— 8. §. 2. (II. a. 122. 131. 135.)
— 8. §. 3—6. (II. a. 128.)
— 9. (II. a. 128.)
— 10. pr. } (II. a. 128.)
— 10. §. 1. }
— 10. §. 2. (II. a. 127. 17
177. 214.)
— 11. (II. a. 176.)
— 12. (II. a. 176.)
— 13. (II. a. 177.)
— 14. pr. (II. a. 146.)
— 14. §. 1. (II. a. 127.)
— 15. pr. (I. 390. II. a. 60. 6
63. 203.)
— 15. §. 1. (II. a. 143. 146.)
— 15. §. 2. (II. a. 131.)
— 15. §. 3. (II. a. 128.)
— 15. §. 4. (II. a. 116.)
— 16. (II. a. 70. 205.)
— 17. (II. a. 129. 177.)
— 18. } (II. a. 158.)
— 19. }
— 20. pr. (II. a. 127.)
— 20. §. 1. (II. a. 131.)
— 21. (II. a. 130. 133.)
— 22. (II. a. 144.)
— 23. (II. a. 122. 136.)
— 24. (II. a. 129.)
— 25. pr. (II. a. 113. 159.)
— 25. §. 1. } (II. a. 129.)
— 25. §. 2. }

Lib. 37. tit. 6. de collatione.
fr. 1. pr. (II. a. 38.)
— 1. §. 8. (II. a. 113.)
— 2. §. 9. (II. b. 31.)
— 10. (II. a. 246.)

Lib. 37. tit. 7. de dotis collat.
fr. 3. (II. a. 140. 246.)
— 5. pr. (II. a. 246.)

Digitized by Google

Pandekten.

b. 37. tit. 8. de conjungendis. (II. a. 154.)
fr. 1. pr. (II. a. 157.)
— 1. §. 1. (II. a. 156. 157.)
— 1. §. 3. (II. a. 157. 159.)
— 1. §. 4. } (II. a. 159.)
— 1. §. 5. }
— 1. §. 6. (II. a. 154.)
— 1. §. 7. (II. a. 157.)
— 1. §. 9. (II. a. 157.)
— 1. §. 13 u. ff. (II. a. 160.)
— 3. (II. a. 129. 287.)
— 7. (II. a. 129—132.)
.ib. 37. tit. 9. de ventre in poss. mitt.
fr. 1. pr. (II. a. 91.)
— 1. pr. — §. 16. (II. a. 92.)
— 1. §. 2. (II. a. 94. 97.)
— 1. §. 11. (II. a. 95. 108.)
— 1. §. 17—28. (II. a. 92.)
— 1. §. 24. (II. a. 98.)
— 6. (II. a. 98. 96.)
— 7. (II. a. 93.)
— 7. pr. } (II. a. 96.)
7. §. 1. }
— 7. §. 1. (II. a. 99. 104.)
— 10. (II. a. 91.)
Lib. 37. tit. 10. de Carbon. edict.
fr. 1. pr. (II. a. 98. 103. 157.)
— 1. §. 3. (II. a. 99.)
— 1. §. 4. (II. a. 101.)
— 3. pr. (II. a. 100. 231.)
— 3. §. 3. (II. a. 316.)
— 3. §. 5. (II. a. 103.)
— 3. §. 7. (II. a. 99.)
— 3. §. 13. (II. a. 107. II. b. 30.)
— 3. §. 14—16. (II. b. 10.)
— 3. §. 15. (II. a. 103.)
— 4. (II. a. 91. 107. II. b. 24. 500.)
— 6. pr. (II. a. 99. 104.)
— 6. §. 1. (II. a. 99.)
— 6. §. 2. (II. a. 100. 245.)
— 6. §. 3. (II. a. 105.)
— 6. §. 6. (II. a. 106.)
— 7. pr. } (II. a. 100. 102.)
— 7. §. 1. }
— 7. §. 4. (II. a. 102.)
— 7. §. 6. (II. a. 100. 102.)
— 8. §. 1. (II. a. 100. 101.)
— 9. (II. a. 231.)
— 10. (II. a. 104. 315.)
Lib. 37. tit. 11. de b. p. sec. tab.
fr. 1. pr. (I. 189.)

Pandekten.

Lib. 37. tit. 11. de b. p. sec. tab.
fr. 1. §. 1. (I. 176. 179. II. b. 306.)
— 1. §. 2. (I. 180.)
— 1. §. 3. (II. b. 307.)
— 1. §. 6. (II. b. 306.)
— 1. §. 7. (I. 179.)
— 1. §. 8. (I. 178.)
— 1. §. 10. (I. 179. II. a. 248.)
— 1. §. 11. (II. b. 94.)
— 2. (II. a. 93.)
— 2. §. 1. (II. a. 165.)
— 2. §. 4. (II. b. 90.)
— 2. §. 7. (I. 180.)
— 5. (II. a. 168.)
— 5. pr. (II. a. 164. II. b. 229. 304.)
— 6. (II. b. 304.)
— 6. in fin. (I. 180.)
— 7. (II. b. 88. 91. 302.)
— 8. §. 2. (I. 181.)
— 8. §. 4. (I. 154. 194. 197.)
— 9. (I. 167. 195.)
— 10. (II. b. 304.)
— 11. §. 2. (II. a. 273. 291. II. b. 303. 305.)
— 12. (I. 181. II. b. 304.)
Lib. 37. tit. 12. si a par. quis man.
fr. 5. (II. a. 315.)
Lib. 37. tit. 14. de jure patron.
fr. 20. (II. b. 43.)
— 21. §. 1. } (II. b. 45.)
— 21. §. 2. }
Lib. 38. tit. 1. de oper. libert.
fr. 41. (II. b. 43.)
— 47. (II. b. 43.)
Lib. 38. tit. 2. de bon. libert. (II. b. 43.)
fr. 1. §. 1. } (II. b. 46.)
— 1. §. 2. }
— 3. §. 4. (II. b. 43.)
— 3. §. 5. (II. b. 45.)
— 3. §. 10. (II. b. 45.)
— 3. §. 12. (II. b. 45.)
— 3. §. 15—18. (II. b. 45.)
— 3. §. 20. (II. b. 45.)
— 6. §. 4. (II. b. 45.)
— 8. §. 1. (II. b. 45.)
— 10. pr. (II. b. 46.)
— 23. §. 1. (I. Einl. S. XX.)
— 26. (II. b. 44.)
— 36. (II. b. 44.)
— 37. pr. (II. b. 43.)
— 38. §. 1. (I. Einl. S. XX.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 38. tit. 2. de bon. libert.
fr. 42. §. 2. (I. Einl. S. XX. — I. 177. 183. 227.)
— 42. §. 3. (II. b. 346.)
— 47. §. 2. (II. b. 43.)
— 50. §. 2. (II. b. 24. 46.)
— 60. §. 5. (II. b. 46.)
Lib. 38. tit. 6. si tab. test. null.
fr. 1. §. 1. (II. a. 20. 246. 304.)
— 1. §. 2. (II. a. 246. 307.)
— 1. §. 3. (II. a. 103. 104. 248.)
— 1. §. 4. (II. a. 243.)
— 1. §. 5. (II. a. 84. 243. 244.)
— 1. §. 6. (II. a. 84. 243.)
— 1. §. 7. (II. a. 243.)
— 1. §. 8. (II. a. 248. II. b. 53.)
— 1. §. 9. (II. a. 52. 59. 60. 204.)
— 2. (I. 237. II. a. 246. 261.)
— 3. (I. 191. II. a. 247.)
— 4. (II. a. 109. 243.)
— 5. pr. (II. a. 158. 243.)
— 5. §. 1. (II. a. 109. 243.)
— 5. §. 2. (II. a. 243.)
— 6. (II. a. 243.)
— 7. pr. (II. a. 248.)
— 9. (II. a. 243. 247.)
Lib. 38. tit. 7. unde legitimi.
fr. 1. (I. 143. 205.)
— 2. pr. (I. 202. II. a. 245.)
— 2. §. 3. (I. 172. 203.)
— 2. §. 4. (II. b. 12.)
— 3. (II. b. 12. 13.)
— 4. (I. 143.)
— 5. §. 1. (I. 205.)
Lib. 38. tit. 8. unde cognati.
fr. 1. pr. (II. a. 12.)
— 1. §. 2. (II. b. 14.)
— 1. §. 3. (II. a. 18.)
— 1. §. 5—8. (II. a. 16. 18.)
— 1. §. 7. (II. a. 306.)
— 1. §. 8. (II. a. 24.)
— 1. §. 9. (II. a. 18.)
— 1. §. 10. (II. a. 18. 24.)
— 7. (II. a. 23.)
— 9. pr. (II. a. 18. 24.)
— 9. §. 1. (II. a. 18. 306. 311. 315. 316. II. b. 178.)
— 10. (II. a. 24.)
Lib. 38. tit. 9. de successor. edict.
fr. 1. pr. (I. 72. 77. 85. 386. II. a. 322.)
— 1. §. 4. (II. b. 314. 315. 317.)
— 1. §. 5. (II. b. 315. 317.)
— 1. §. 6. (II. a. 300.)

Pandekten.

Lib. 38. tit. 9. de successor. edict.
fr. 1. §. 7. (II. b. 316.)
— 1. §. 8—16. (I. 63.)
— 1. §. 8. (I. 104. II. a. 300.)
— 1. §. 10. (I. Einl. S. XVI. — I. 103. II. a. 9. 20. 300. II. b. 169. 178.)
— 1. §. 11. (I. Einl. S. XV. — I. 201. II. a. 303.)
— 1. §. 12. (I. 6. 53. II. a. 300. 325.)
— 1. §. 14. } (II. a. 302.)
— 1. §. 15. }
— 2. (I. 227.)
Lib. 38. tit. 11. unde vir et uxor.
fr. un. (II. a. 12. 25. 26. 83. II. b. 48.)
Lib. 38. tit. 13. quib. non comp. b. p. (I. 141.)
Lib. 38. tit. 14. ut ex legibus.
fr. un. pr. (II. b. 11.)
— un. §. 1. (I. 228. II. b. 13.)
— un. §. 2. (II. b. 12.)
Lib. 38. tit. 15. quis ordo.
fr. 1. pr. (II. a. 18. 20. 245.)
— 1. §. 1. (I. 103. II. a. 69. 307.)
— 1. §. 2. (II. b. 184.)
— 2. (II. a. 308.)
— 2. pr. (I. 64.)
— 2. §. 1. (II. a. 311. 316.)
— 2. §. 2. (II. a. 316.)
— 2. §. 4. (II. a. 303.)
— 4. §. 1. (II. a. 246. 302.)
— 5. pr. (II. a. 301. II. b. 332.)
— 5. §. 1. (II. b. 332.)
Lib. 38. tit. 16. de suis et leg.
fr. 1. §. 8. (I. 208. II. a. 163. 248.)
— 2. §. 5. (I. 114. II. a. 16. II. b. 90.)
— 2. §. 6. (I. 114.)
— 6. (II. a. 18.)
— 8. pr. (II. a. 18.)
— 11. (II. b. 12.)
Lib. 38. tit. 17. ad SC. Tertull.
fr. 1. §. 1. (II. a. 71. 104. II. b. 345.)
— 1. §. 5. (II. a. 91.)
— 1. §. 8. (II. b. 12.)
— 1. §. 9. (II. a. 18.)
— 2. §. 8. (II. a. 282.)
— 2. §. 9. (II. b. 13.)
— 2. §. 11. (II. a. 97. II. b. 317. 319.)
— 2. §. 13. (II. b. 317.)
— 2. §. 18. (II. b. 12. 160.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 38. tit. 17. ad SC. Tertull.
fr. 6. §. 1. (II. a. 325. II. b. 461.)
Lib. 39. tit. 1. de op. nov. nunc.
fr. 1. §. 7. (I. 337.)
— 1. §. 9. (I. 337.)
— 20. pr. (I. 337.)
— 20. §. 9. (I. 337.)
Lib. 39. tit. 2. de damno inf.
fr. 19. (I. 50.)
Lib. 40. tit. 4. de manum. testam.
fr. 54. §. 1. (II. a. 322.)
Lib. 40. tit. 5. de fideic. libert.
fr. 4. §. 17. (II. b. 35.)
— 4. §. 19. (II. b. 35.)
— 4. §. 21. (II. b. 31.)
— 30. §. 10. (I. 110. II. a. 281.)
— 30. §. 12. (I. 110.)
— 38. (I. 339.)
Lib. 41. tit. 1. de acq. rer. dom.
fr. 1. } (I. 255.)
— 3. }
— 5. }
— 7. }
— 8. pr. (I. 255.)
— 9. §. 7. (I. 255.)
— 33. §. 2. (I. 314.)
— 34. (I. 314.)
— 54. pr. (II. b. 337.)
Lib. 41. tit. 2. de acq. vel am. poss.
fr. 1. pr. (I. 216.)
— 1. § 1. (I. 216. 255.)
— 3. pr. (I. 215. 323.)
— 3. §. 21. (I. 255. 219.)
— 3. §. 22. (I. 219.)
— 8. (I. 215.)
— 11. (I. 222.)
— 12. §. 1. (I. 218.)
— 17. pr. (I. 362.)
— 17. §. 1. (I. 276.)
— 19. pr. (I. 218.)
— 36. (I. 217.)
— 52. §. 2. (I. 365.)
Lib. 41. tit. 4. pro emtore.
fr. 2. §. 19. (II. b. 33.)
— 7. §. 5. (I. 185.)
Lib. 41. tit. 7. pro derelict.
fr. 1. (I. 272. 276.)
— 2. (I. 272.)
— 2. pr. (I. 257. 274. 275.)
— 2. §. 1. (I. 257. 276.)
— 3. pr. (I. 272.)
— 4. (I. 273.)
— 5. pr. (I. 273.)
— 5. §. 1. (I. 258.)
— 6. (I. 271.)

Pandekten.

Lib. 42. tit. 1. de re judicata.
fr. 14. §. 3. (I. 394. II. b. 182.)
— 56. (I. 342.)
Lib. 42. tit. 2. de confessis.
fr. 6. §. 2. (I. 342.)
Lib. 42. tit. 4. quib. ex caus. in possess.
fr. 5. §. 1. (I. 292. II. a. 314.)
— 7. §. 11. (II. b. 315.)
— 8. (II. a. 322.)
— 9. (II. a. 322.)
Lib. 42. tit. 5. de reb. auct. judic.
fr. 4. (II. a. 322.)
— 4. pr. (II. a. 323.)
— 5. (II. a. 322.)
— 6. (II. a. 322.)
— 6. §. 2. (I. 357.)
— 28. (I. 110. II. a. 281.)
Lib. 42. tit. 6. de separation.
fr. 1. §. 14. (II. a. 314.)
Lib. 42. tit. 7. de curat. bon. dand.
fr. 1. (II. a. 322.)
— 1. §. 2. (II. b. 337.)
Lib. 42. tit. 8. quae in fraud. cred.
fr. 1. pr. (I. 354.)
— 1. §. 1. (I. 355.)
— 1. §. 2. (I. 355.)
— 3. §. 1. (I. 355.)
— 6. §. 9. (I. 355.)
— 10. pr. (I. 354.)
— 10. §. 1. (I. 356.)
— 10. §. 6. (I. 356.)
— 10. §. 13. (I. 356.)
— 10. §. 22. (I. 356.)
— 24. (I. 357.)
Lib. 43. tit. 1. de Interdictis.
fr. 2. § 1—3. (I. 370.)
— 3. §. 2. (II. b. 293.)
Lib. 43. tit. 2. quorum bonor.
fr. 1. pr. (I. 101. 316. 324. II. b. 175. 238.)
— 1. §. 1. (I. 306. 316. II. b. 183.)
— 2 (I. 306. 309. 314. II. b. 26. 259.)
Lib. 43. tit. 3. quod legatorum.
fr. 1. §. 2. (I. 368.)
— 1. §. 4. (I. 369.)
— 1. §. 7. (I. 324.)
— 2. §. 1. } (I. 397.)
— 2. §. 4. }
— 3. §. 11. (I. 397.)
Lib. 43. tit. 4. ne vis f. ei, qui in poss. miss.
fr. 1. (I. 350.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 43. tit. 4. ne vis f. ei, qui in poss.
fr. 1. pr. — §. 2. (I. 331.)
— 1. §. 5. (I. 332.)
— 1. §. 8. (I. 332.)
— 3. pr. — 3. §. 1. (I. 338.)
— 3. §. 2. (I. 332.)
Lib. 43. tit. 5. de tabulis exhib.
fr. 1. §. 1. (I. 342.)
— 3. §. 6. (I. 324.)
— 3. §. 9. (I. 162. 165. 336.)
Lib. 43. tit. 8. ne quid in loco pub.
fr. 2. §. 42. (I. 324.)
— 7. (I. 336.)
Lib. 43. tit. 12. de fluminib.)
fr. 1. §. 16. — (I. 159.)
Lib. 43. tit. 13. nequid in flum. p.
fr. 1. §. 6. (I. 344.)
— 1. §. 13. (I. 324.)
Lib. 43. tit. 17. uti possid.
fr. 1. §. 2. (I. 218.)
— 1. §. 9. (I. 365.)
— 2. (I. 217.)
Lib. 43. tit. 18. de superfic.
fr. 1. §. 1. (I. 217.)
— 2. (I. 246.)
Lib. 43. tit. 19. de itin. actuq. priv.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
— 3. §. 11. (I. 358.)
— 3. §. 12. — 3. §. 13. (I. 358.)
Lib. 43. tit. 20. de aq. qu. v. aest.
fr. 1. §. 37. (I. 294.)
— 1. §. 38. (I. 358.)
— 1. §. 45. (I. 219.)
Lib. 43. tit. 23. de cloacis.
fr. 1. §. 2. (I. 336.)
Lib. 43. tit. 26. de precar.
fr. 8. §. 3. (I. 324.)
Lib. 43. tit. 27. de arbor. caed.
fr. 1. §. 8. (I. 333.)
Lib. 43. tit. 30. de lib. exhib.
fr. 3. §. 1. (I. 371.)
— 3. §. 3. (I. 353.)
Lib. 43. tit. 32 de migrando.
fr. 1. (I. 354.)
— 1. §. 1. — 1. §. 2. (I. 338.)
— 1. §. 5. (I. 380. 382.)
Lib. 43. tit. 33. de Salv. Int.
fr. 1. (I. 380. 382.)
— 1. pr. (I. 353.)
— 1. §. 1. (I. 353.)

Pandekten.

Lib. 44. tit. 1. de exceptio.
fr. 13. (I. 393.)
Lib. 44. tit. 2. de except. rei jud.
fr. 1. (II. a. 289.)
— 2. (II. a. 117. 166.)
Lib. 44. tit. 3. de div. temp. praesc.
fr. 1. (I. 64.)
Lib. 44. tit. 4. de doli mali exc.
fr. 4. §. 32. (I. 282.)
— 13. (II. a. 158. 287.)
Lib. 44. tit. 7. de obl. et act.
fr. 15. (II. a. 117.)
— 37. (I. 101.)
Lib. 45. tit. 1. de verb. obl.
fr. 97. §. 2. (II. a. 315.)
— 132. pr. (II. a. 224. 226.)
Lib. 46. tit. 1. de fidejuss.
fr. 21. pr. (II. a. 118.)
Lib. 46. tit. 3. de solution.
fr. 38. §. 2. (II. b. 202.)
— 95. §. 8. (II. b. 202. 229.)
— 96. pr. (I. 353. 357.)
Lib. 46. tit. 5. de stip. praetor.
fr. 1. §. 9. (II. a. 314.)
— 8. pr. (II. a. 315. II. b. 304.)
— 12 — 13. (II. b. 305.)
Lib. 46. tit. 8. rat. rem hab.
fr. 7. (II. b. 157.)
— 24. pr. (II. b. 331.)
Lib. 47. tit. 2. de furtis.
fr. 28. — 29. — 30. (I. 395.)
— 32. §. 1. (I. 167.)
— 43. §. 5. (I. 258. 272. 276.)
— 43. §. 9. (I. 271.)
— 43. §. 11. (I. 255.)
Lib. 47. tit. 12. de sepulcro viol.
fr. 10. (II. a. 281.)
Lib. 47. tit. 19. expil. hered.
fr. 2. §. 1. (I. 395.)
— 3. (II. b. 57.)
— 6. (I. 395.)
Lib. 48. tit. 2. de accus. et inscript.
fr. 18. (II. a. 288.)
Lib. 48. tit. 10. de leg. Corn. de fals.
fr. 6. pr. (I. 165. II. a. 265.)
Lib. 48. tit. 20. de bon. damnat.
fr. 7. pr. (II. a. 152.)
Lib. 49. tit. 1. de appell.
fr. 17. §. 1. (II. b. 311.)
Lib. 49. tit. 5. de appell. recip.
fr. 7. pr. (II. b. 194. 498.)

Digitized by Google

Pandekten.

Lib. 49. tit. 13. si pend. app. mors interv.
fr. un. pr. (II. b. 76.)
Lib. 49. tit. 14. de jure fisci.
fr. 1. §. 2. (II. a. 322.)
— 9. (II. a. 290.)
Lib. 49. tit. 15. de capt. et de postlim.
fr. 12. §. 5. (II. a. 292.)
— 22. §. 4. (II. a. 290.)
Lib. 50. tit. 4. de munerib. et hon.
fr. 1. §. 4. (II. b. 74.)
Lib. 50. tit. 16. de verbor. sign.
fr. 24. (I. 22.)
— 119. (II. b. 227.)
— 120. (I. 111.)
— 130. (I. 160.)
— 138. (I. 398. II. b. 227.)
— 151. (II. a. 174.)
— 170. (I. 398. II. b. 227.)
— 178. §. 1. (II. b. 227.)
— 195. §. 1. (I. 298.)
— 195. §. 2. (I. 4. 201.)
— 208. (I. 398. II. b. 227.)
Lib. 50. tit. 17. de regul. jur.
fr. 62. (I. 22. 70).
— 77. (II. b. 122. 310. 311. 337.)
— 117. (II. b. 227.)
— 193. (I. 115.)

29. Codex.

Lib. 1. tit. 3. de episcop. et cler.
l. 20. (II. b. 114.)
Lib. 1. tit. 46. de offic. milit. jud.
l. 1. (I. 348.)
Lib. 2. tit. 39. si ut omiss. hered.
l. 2. (II. b. 246.)
Lib. 3. tit. 3. de pedan. judic.
l. 2. (II. b. 61.)
Lib. 3. tit. 13. de jurisdict.
l. 5. (I. 348.)
Lib. 3. tit. 19. ubi in rem act.
l. 3. (II. b. 481.)
Lib. 3. tit. 20. ubi de her. ag.
l. un. (II. b. 480.)
Lib. 3. tit. 28. de inoff. testam.
l. 6. (II. b. 45.)
- 25. (II. b. 71. 229.)
- 32. (II. b. 45.)
Lib. 3. tit. 31. de hered. petit.
l. 3. (II. b. 40. 57.)
- 7. (II. b. 54. 62.)
- 9. (II. b. 59. 62.)
- 10. (II. b. 125.)

Codex.

Lib. 3. tit. 31. de hered. petit.
l. 12. (I. 311. 393. II. b. 190. 288. 340.)
Lib. 4. tit. 26. quod cum eo, qui in al. pot.
l. 9. (II. b. 8.)
Lib. 5. tit. 42. de tut. vel cur. qui sat. non ded.
l. 4. (II. b. 8.)
Lib. 5. tit. 70. de curat. fur.
l. 7. §. 3. (II. b. 119. 128. 265. 317. 341.)
- 7. §. 7. (II. b. 319.)
Lib. 5. tit. 71. de praed. et al. reb. minor.
l. 11. (II. b. 8.)
Lib. 6. tit. 2. de furtis.
l. 18. (II b. 8.)
Lib. 6. tit. 9. qui admitti ad b. p.
l. 1. (II. b. 76.)
- 4. (II. b. 58.)
- 7. (II. b. 75. 119.)
- 8. (II. b. 134. 250. 251. 260.)
- 9. (II. b. 119. 128. 138. 160. 184. 251.)
Lib. 6. tit. 10. quando non petent. part.
l. un. (I. 397.)
Lib. 6. tit. 11. de b. p. sec. tab.
l. 2. (I. 154. 191. 198. II. b. 14. 89. 96. 102.)
Lib. 6. tit. 12. de b. p. cont. tab.
l. 1. (I. 154. II. b. 14.)
l. 2. (II. a. 77.)
Lib. 6. tit. 13. de b. p. c. t. liberti.
l. 1. (I. 193.)
Lib. 6. tit. 14. unde liberi.
l. 1. (II. b. 14. 53.)
- 3. (II. b. 307.)
Lib. 6. tit. 15. unde legit.
l. 1. (II. b. 14.)
- 2. (II. b. 58.)
- 3. (II. b. 74.)
- 4. (II. b. 78. 251.)
- 5. (II. b. 14.)
Lib. 6. tit. 16. de success. ed.
l. 2. (II. a. 300. II. b. 58.)
Lib. 6. tit. 17. de Carb. ed.
l. 1. (II. b. 8. 57.)
Lib. 6. tit. 18. unde vir et ux.
l. un. (II. b. 14. 115.)
Lib. 6. tit. 20. de collationib.
l. 13. (II. b. 57.)

Digitized by Google

Codex.

Lib. 6. tit. 23. de testam.
l. 3. (II. b. 57.)
- 5. (I. 154.)
- 15. (II. b. 128.)
- 18. (II. b. 284.)
- 19. (II. b. 142. 144. 150. 272. 293.)
- 21. (II. b. 107. 112. 302.)

Lib. 6. tit. 25. de instit. et subst.
l. 4. (II. a. 167.)

Lib. 6. tit. 26. de imp. et al. subst.
l. 3. (II. b. 57.)

Lib. 6. tit. 28. de lib. praeter.
l. 4. (II. a. 40. 42. 88. 111. 164. 238. II. b. 24. 79. 268.)

Lib. 6. tit. 29. de post. hered.
l. 1. (II. a. 180.)

Lib. 6. tit. 30. de jure delib.
l. 3. (II. b. 74. 242.)
- 4. (II. b. 124. 334.)
- 5. (II. b. 74. 313.)
- 7. (II. b. 78. 124. 242.)
- 8. (II. b. 57.)
- 12. (II. b. 77. 124. 336.)
- 13. (II. b. 75. 247.)
- 14. (II. b. 60. 75. 251.)
- 17. (II. b. 126. 141. 336.)
- 18. (II. b. 242.)
- 18. pr. (II. b. 315.)
- 18. §. 1. (II. b. 147.)
- 18. §. 2. (II. b. 315.)
- 18. §. 4. (II. b. 315.)
- 19. (II. b. 242. 250. 251. 260. 262. 267.)
- 22. §. 1. (II. b. 243. 260. 267.)
- 22. §. 13. (I. 72.)
- 22. §. 14. (II. b. 461.)

Lib. 6. tit. 33. de ed. div. Hadr. toll.
l. 2. (I. 392.)
- ult. (II. b. 155. 205. 290—297. 475. 480. 488.)

Lib. 6. tit. 36. de codicillis.
l. 8. (I. 193.)

Lib. 6. tit. 37. de legat.
l. 21. (II. b. 128.)

Lib. 6. tit. 49. ad SC. Trebell.
l. 7. pr. (II. b. 319.)

Lib. 6. tit. 55. de suis et legit.
l. 8. (II. b. 75.)

Lib. 6. tit. 56. ad SC. Tertull.
l. 1. (II. b. 247.)
- 3. (II. b. 247.)

Lib. 6. tit. 58. de legitim. her.
l. 1. (II. b. 74.)

Codex.

Lib. 6. tit. 58. de legitim. her.
l. 3. (II. b. 74.)
- 4. (II. b. 74.)
- 8. (II. b. 58. 78.)
- 14. (II. b. 241.)
- 15. (II. b. 241.)

Lib. 6. tit. 59. Comm. de succ.
l. 1. (II. b. 98.)
- 2. (II. b. 78. 99.)
- 3. (II. b. 75.)
- 5. (II. b. 58. 70.)
- 8. (II. b. 58.)
- 9. (II. b. 57.)
- 10. (II. b. 75.)

Lib. 6. tit. 61. de bon. quae lib.
l. 1. (II. b. 140.)
- 6 (II. b. 139. 141.)
- 8. (II. b. 139.)

Lib. 6. tit. 62. de hered. decur.
l. 4. (II. b. 115.)

Lib. 7. tit. 2. de testam. manum.
l. 12. (II. b. 57.)

Lib. 7. tit. 29. de usuc. pro her.
l. 2. (I. 30.)

Lib. 7. tit. 30. Commun. de usuc.
l. 1. (I. 218.)

Lib. 7. tit. 31. de usuc. transform.
l. un. (I. Einl. XI. — II. b. 221.)

Lib. 7. tit. 34. in quib. caus. cess. long. temp. pr.
l. 4. (II. b. 51. 59.)

Lib. 7. tit. 65. quor. appel. non rec.
l. 6. (II. b. 498.)

Lib. 8. tit. 1. de interdict.
l. 2. (II. b. 481.)

Lib. 8. tit. 2. quorum bonorum.
l. 1. (I. 389. II. b. 30. 173. 213. 216. 238. 470. 491.)
— 2. (I. 387. 392. II. b. 75. 173. 182. 238.)
— 3. (I. 395. II. b. 182.)

Lib. 8. tit. 4. unde vi.
l. 8. (II. b. 201.)

Lib. 8. tit. 5. si per vim.
l. 1. (II. b. 201.)

Lib. 8. tit. 6. uti possid.
l. un. (I. 365. II. b. 8.)

Lib. 8. tit. 14. de pignorib.
l. 10. (I. 379.)

Lib. 8. tit. 33. si pign. convent.
l. 1. (I. 379.)

Lib. 8. tit. 47. de patr. potest.
l. 9. (II. b. 8.)

Digitized by Google

EY LLK KEb
Die Bonorum possessio :
Stanford Law Library
3 6105 043 629 679

zed by Google